

Tomo

1

TRIBUNALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Homenaje a la Corte
Constitucional colombiana

Editores
Académicos

Liliana Estupiñán Achury
Carlos Arturo Hernández
William Guillermo Jiménez

AUTORES

Lucio Pegoraro - Riccardo Guastini - Luis Andrés Cucarella Galiana
Silvia Bagni - Michele Carducci - Jairo Vladimir Llano Franco
Liliana Estupiñán Achury - Oscar Elías Herrera Bedoya
William Guillermo Jiménez Benítez - Javier Santander
Jorge Ricardo Palomares García - Edgar Valdeleón



UNIVERSIDAD LIBRE®

Facultad de Derecho
Doctorado en Derecho



Università di Bologna

Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali
Centro Studi sull'America Latina

Colección Doctorado No.5

TRIBUNALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

HOMENAJE A LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Tomo I

TRIBUNALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

HOMENAJE A LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Tomo I

EDITORES ACADÉMICOS

LILIANA ESTUPIÑÁN ACHURY CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ
WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ

AUTORES PRINCIPALES

LUCIO PEGORARO (ITALIA)	LILIANA ESTUPIÑÁN ACHURY (COLOMBIA)
RICCARDO GUASTINI (ITALIA)	OSCAR ELÍAS HERRERA BEDOYA (COLOMBIA)
LUIS-ANDRÉS CUCARELLA GALIANA (ESPAÑA)	WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ BENÍTEZ (COLOMBIA)
SILVIA BAGNI (ITALIA)	JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA (COLOMBIA)
MICHELE CARDUCCI (ITALIA)	JAVIER SANTANDER (COLOMBIA)
JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO (COLOMBIA)	EDGAR VALDELEÓN (COLOMBIA)



UNIVERSIDAD LIBRE

Facultad de Derecho
Doctorado en Derecho



UNIVERSIDAD DE BOLOGNA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE E SOCIALI
CENTRO STUDI SULL'AMERICA LATINA

2017

Tribunales y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana / Lucio Pegoraro [et al.] Editores académicos Liliana Estupiñán Achury, Carlos Arturo Hernández Díaz, William Guillermo Jiménez. -- Bogotá: Universidad Libre, Universidad de Bolonia, 2017.

378 p.: il. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-958-8981-76-5

1. Derecho constitucional 2. Corte Constitucional – Colombia 3. Constituciones – Colombia I. Pegoraro, Lucio II. Estupiñán Achury, Liliana, ed. III. Hernández Díaz, Carlos Arturo, ed. IV. Jiménez, William Guillermo, ed.

342.861

SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca.

Comentarios y sugerencias: Correo-e: direccion.doctorado@unilibrebog.edu.co

© Liliana Estupiñán Achury, Carlos Arturo Hernández Díaz y William Guillermo Jiménez

© Facultad de Derecho

© Doctorado en Derecho

© Universidad Libre Sede Principal

ISBN impreso: 978-958-8981-76-5

ISBN digital: 978-958-8981-77-2

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del *copyright*.

Editorial: Universidad Libre

Editores académicos: Liliana Estupiñán Achury, Carlos Arturo Hernández, William Guillermo Jiménez

Correo-e: direccion.doctorado@unilibrebog.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Teléfono: 3821153, Bogotá, D.C.

Corrección de estilo: Mateo Romo Ordóñez

Diseño y diagramación: Ediciones Nueva Jurídica

Esta obra está cofinanciada por el Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre

Impreso en Colombia en los talleres gráficos de:

Ediciones Nueva Jurídica

Teléfono: +57(1) 7 52 37 21

Móvil: 310 5627526 - 3105627538

E-mail: nueva_juridica@yahoo.com

www.nuevajuridica.com

Bogotá, D. C. - Colombia, 2017

Printed in Colombia

DIRECTIVAS UNIVERSIDAD LIBRE

Presidente	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	Fernando Enrique Dejañón Rodríguez
Secretario General	Floro Hermes Gómez Pineda
Censor Nacional	Ricardo Zopó Méndez
Director Nacional de Planeación	Omeiro Castro Ramírez
Directora Nacional de Investigaciones (e)	Elizabeth Villarreal Correcha
Presidente Seccional	Julio Roberto Galindo Hoyos
Rector Seccional	Jesús Hernando Álvarez Mora
Decano Facultad de Derecho	Carlos Arturo Hernández Díaz
Secretario Académico	Nelo Armando Cañón Suárez
Director Centro de Investigaciones	John Fitzgerald Martínez
Director del Instituto de Posgrados (e)	Luis Alberto Torres Tarazona
Directora del Doctorado en Derecho	Liliana Estupiñán Achury

Publicación impulsada por:

Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre
– Sede Principal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho:
Grupos de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz -
Estado, Derecho y Territorio

Centro Studi sull'America Latina – Universidad de Bolonia

Red Centro de Estudios Constitucionales y del Estado. Capítulo
Colombia

Sede Principal, Bogotá, D.C.

EDITORES ACADÉMICOS

LILIANA ESTUPIÑÁN ACHURY (Editora académica y autora)



Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; magister en Derecho Procesal; especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo; abogada de la Universidad Libre de Colombia. Directora del Doctorado en Derecho y directora del Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Investigadora “Senior Colciencias” (2015-2018). Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Miembro del Observatorio de Paz de la Universidad

Libre y de la Red de Iniciativas para la Democracia, la Gobernabilidad y el Desarrollo Territorial –RINDE. Conferencista y docente de pregrado y posgrados (maestría y nivel doctoral) en diversas universidades nacionales e internacionales.

Autora de diversas publicaciones académicas e indexadas, entre las que hoy se destacan: (i) los libros: *Desequilibrios Territoriales. Estudio sobre la Descentralización y el Ordenamiento Territorial colombiano. Una mirada desde el Nivel Intermedio de Gobierno* (Bogotá, 2012) y *El principio constitucional de la autonomía territorial. Realidad y Experiencias comparadas* (Bogotá, 2010), del cual es editora general, junto con el profesor Julio César Gaitán Bohórquez, y autora de uno de los capítulos. Asimismo, entre sus publicaciones también se destacan: (ii) el capítulo *Colombia*, publicado en el libro *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, editado por Lucio Pegoraro, Giorgia Pavani y Sara Pennicino (Bologna, 2011); (iii) y los artículos científicos titulados: *Déficit municipal y compleja circulación de la figura de la asociatividad territorial. Lectura comparada para comprender el caso colombiano* (2016) y *Lo que el dinero no puede comprar... ni la cienciometría medir. Una propuesta humanista del conocimiento frente al mercantilismo cienciométrico* (2015).

CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ DÍAZ (Editor académico)

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Doctorando de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Filosofía y Teoría Jurídica, de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Administrativo y Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, de la Universidad Libre. Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Doctor honoris causa de la Universidad Privada de ICA, de la Universidad ADA a. Byron SAC, del Perú, y de la Universidad Autónoma del Perú. Exdecano Nacional de la Facultad de Derecho, de la Universidad Antonio Nariño. Exdirector de la Maestría en Derecho



Administrativo, de la Universidad Militar Nueva Granada. Exjefe del Área de Sociales de la Universidad Libre. Miembro del Centro de Estudios Filosóficos y Sociales CEFYS. Miembro de la Asociación de Filosofía del Derecho ASOFIDES. Miembro titular de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director de la colección “Tendencias Contemporáneas del Derecho”, de la Universidad Libre (más de 60 publicaciones).

WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ BENÍTEZ (Editor académico y autor)



PosPhd en Derecho (Vrije Universiteit Amsterdam), doctor en Ciencias Políticas (Universidad de Santiago de Compostela), abogado (Universidad Católica), administrador público (ESAP), especialista en Derecho Administrativo (Universidad Libre), especialista en Desarrollo Regional (Universidad de los Andes). Se ha desempeñado como asesor en el Senado de la República y en la Secretaría de Gobierno de Bogotá. Investigador del Instituto para el Desarrollo de la Democracia “Luis Carlos Galán”. Ha sido profesor de la Universidad Nacional, el Instituto de Altos Estudios

Europeos –IAEE–, la Universidad Católica de Colombia, La Universidad Gran Colombia y la Escuela Militar de Cadetes. Actualmente se desempeña como profesor titular de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- y de la Universidad Libre de Colombia. Abogado y consultor independiente. Par evaluador de Colciencias y miembro de grupos de investigación categorizados por dicha entidad. Ha publicado nueve libros, diversos capítulos en colaboración, más de treinta artículos en revistas especializadas y ha realizado ponencias en eventos nacionales e internacionales. Correo electrónico: gjimen00@gmail.com, willjime@esap.edu.co

AUTORES PRINCIPALES

LUCIO PEGORARO



Catedrático de Derecho Público Comparado del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia y doctor *honoris causa* de tres prestigiosas universidades latinoamericanas. Director, junto con E. Álvarez Conde, de la «Revista de Derecho Público Comparado – Comparative Public Law Review». Miembro de los comités de dirección o científicos de 20 revistas y colecciones italianas y extranjeras, especialmente latinoamericanas. Director de cinco series de derecho público o constitucional comparado. Profesor internacional invitado del doctorado en derecho de la Universidad

Libre (Sede Principal).

Ha publicado monografías sobre la forma de gobierno francés (Padua, 1983); las sentencias “monitorias” de los tribunales constitucionales (Padua, 1987); el lenguaje y la certeza del derecho (Milán, 1988); las leyes orgánicas (Padua, 1990); los estatutos de las entidades locales (Rimini, 1993); las fuentes del derecho en el derecho comparado (Bolonia, 1993, Turín, 2000, Lima, 2003, en colaboración con otros autores); la justicia constitucional en el derecho comparado (Turín, 1998 2007, 2015, Madrid, 2004); el uso de la comparación en la jurisprudencia constitucional (Bolonia, 2006); la Constitución brasileña (Bolonia, 2006, 2015); el método comparado (Padua, 2002 y 2007, México y Lima, 2006, y Padua 2013, en colaboración con A. Rinella; Querétaro y Bogotá, 2012; Bolonia 2014, Buenos Aires 2016).

RICCARDO GUASTINI

Profesor de Filosofía del Derecho, Doctrina del Estado, Teoría General del Derecho, Derecho Constitucional y Técnicas de la Interpretación y de la Argumentación Jurídica en las Universidades de Sassari, Trieste, y Génova. Profesor visitante de varias instituciones académicas: el Centre de Théorie et analyse du droit, Universidad de Paris X, Nanterre; la Benjamin Cardozo School of Law, New York; el Institut de Hautes Etudes Internationales, Universidad de Paris II, Panthéon-Assas; la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona; la Universidad d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence. Ha sido director de la Escuela de Doctorado en Derecho y coordinador del Curso de Doctorado en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica en la Universidad de Genova.



Entre sus más recientes publicaciones: *Nuevos estudios sobre la interpretación* (Bogotá, 2010); *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici* (Milano, 2010); *Leçons de théorie constitutionnelle* (Paris, 2010); *La sintassi del diritto* (Turín, 2011); *Interpretare e argomentare* (Milán, 2011), *La sintassi del diritto* (II ed., Turín 2014); *Distinguendo ancora* (Madrid, 2013); *Interpretar y argumentar* (Madrid, 2014); *Otras distinciones* (Bogotá, 2014); *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos* (Lima, 2015); *La sintaxis del derecho* (Madrid, 2016); *Lecciones de teoría constitucional* (Lima, 2016).

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA



Doctor en Derecho por las Universidades de Bologna (Italia) y Valencia (España). Profesor titular de Derecho Procesal, Acr. Catedrático de Universidad, adscrito al Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universitat de València (España). Conferencista y tratadista internacional y profesor de grado, postgrado y doctorado en la Universidad de Valencia y otras Universidades de Italia, Colombia, Argentina, México, Paraguay, entre otras.

Es miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Procesal, así como de Asociaciones de Derecho Procesal, o Derecho Procesal Constitucional de Colombia, Argentina, Panamá, Paraguay, Costa Rica y Brasil. Vicepresidente para Europa de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y presidente de la Asociación Española de Derecho Procesal Constitucional y Justicia Constitucional.

SILVIA BAGNI

Licenciada en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia), con evaluación 110/110 cum laudem (2000) y doctora en Derecho constitucional por la misma Universidad en 2005.

Es investigadora y docente en Derecho público comparado en la Universidad de Bolonia, sede de Ravenna, desde el 23 de diciembre de 2010. Tiene un Master en bioética por la Universidad Pontificia Regina Apostolorum, Roma (2013) y ha participado en la *Escuela intensiva sobre el buen Vivir ecuatoriano y la Revolución Ciudadana* en Quito, desde el 7 al 16 de junio de 2014. En 2016 fue miembro de los *Interactive Dialogues of the General Assembly* de las Naciones Unidas sobre “Armonía con la Naturaleza” (<http://harmonywithnatureun.org/dialogues.html>).



Ha publicado varios artículos en revistas italianas y extranjeras. En 2007 publicó el volumen *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli dottrinali* (Clueb, Bolonia). Ha coordinado los volúmenes *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto* (BUP, Bolonia, 2013), traducido al español: *Justicia constitucional comparada*, Editorial Porrúa, México, 2014; *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano* (Filodiritto, Bolonia, 2013).

Sus más recientes investigaciones se enfocan en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, con particular referencia a los países andinos.

MICHELE CARDUCCI



Doctor en Derecho Constitucional - Universidad de Bolonia. Catedrático en las Universidades de Parma y Urbino. Actualmente enseña Derecho Constitucional Comparado en la Universidad de Salento. Ha sido profesor visitante en la Unisinos-Rio Grande do Sul; en la Cardozo School of Law; en la Universidad Autónoma de Tlaxcala; en la Pontificia Universidade do Pernambuco; en la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Curitiba) y en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima).

En 2003 fue galardonado con el Diploma de Alta Distinción de Cultura Jurídica “Tobias Barreto” del Instituto Brasileiro de Estudos do Direito de Recife. Es “miembro honorario” del “Instituto de Direito Constitucional y Ciudadanía” y profesor honorario de la Universidad Ricardo Palma de Lima. Fue coordinador del Doctorado Internacional en Sistemas Sociales legales, políticas y Comparado en la Universidad de Lecce, y referente europeo del Circulo Constitucional Euro Americana. Primer presidente de la “Sección Italiana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional” y miembro del Consejo de la “Asociación de Derecho Público Comparado y europeo” (PCPE).

En los últimos años focaliza su enseñanza y estudio en la teoría del derecho, los trasplantes legales, la traducción jurídica, los regionalismos comparativos, el diálogo judicial y el préstamo constitucional.

JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA

Profesor asociado al Área de Derecho Público de la Universidad Libre, seccional Bogotá. Investigador asociado al Grupo de Investigación “Estudios Constitucionales y de la Paz”, de la Universidad Libre. Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional. Ha trabajado en investigación con la Deutsche Gesellschaft für die internationale Zusammenarbeit (GIZ) -en asocio con la Universidad Santo Tomás del 2009 al 2011- y con el Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP), de la Procuraduría General de la Nación -2014-.



VLADIMIR LLANO



Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Becario de residencia del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-España. Antropólogo y especialista en Antropología Jurídica de la Universidad del Cauca. Director del Grupo de Investigación “Derecho Constitucional, Administrativo y Derecho Internacional Público”, del programa de Derecho de la Universidad Libre, Seccional Cali, (clasificado en categoría C por Colciencias en la última convocatoria). Profesor titular del programa de Derecho de la Universidad Libre Cali. También ha sido profesor de las Universidades del Valle, del Cauca, Javeriana Cali, Autónoma de Occidente, Santiago de Cali y Cooperativa de Cali.

Ha publicado artículos en revistas indexadas y científicas, entre los cuales se encuentran: “Vestigio del Estado legislativo: ocultamiento de los conflictos sociales y el pluralismo jurídico” (2011), “La aparición del Estado social de derecho y el reconocimiento del pluralismo jurídico” (2011), “Estado constitucional: La protección de derechos y dificultades en su concreción” (2012), “Teoría del derecho y pluralismo jurídico” (2012), “Prácticas jurídicas locales desde los actores del conflicto armado en Colombia” (2013), “Perspectiva interdisciplinaria del ordenamiento alimentario y derecho del consumidor en Argentina” (2014), “Teoría del Derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional en el contexto colombiano” (2015), “Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica” (2016), también ha publicado los libros: “Pluralismo jurídico y Estado. Transformaciones del Estado de derecho y reconocimiento de la diversidad en Latinoamérica” (2012), “Pluralismo jurídico y conflicto armado” (2015).

COMITÉ CIENTÍFICO

**JULIO CÉSAR
GAITÁN BOHÓRQUEZ**



*Doctor en evolución de los sistemas
jurídicos y nuevos derechos*
Università degli Studi di Lecce

**FERNANDO AUGUSTO
GALVIS GAITÁN**



Doctor en Ciencias Jurídicas
Universidad Javeriana

INVESTIGADOR AUXILIAR

**MATEO
ROMO ORDÓÑEZ**



*Abogado con estudios en filosofía del derecho, literatura
y énfasis en edición de textos científicos*
Universidad Libre – Universidad Central

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

<i>WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ</i>	21
--	----

PRIMERA PARTE

MIRADA COMPARADA A LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO 1

HACIA UNA NUEVA SISTEMÁTICA DE LOS MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

<i>LUCIO PEGORARO</i>	31
-----------------------------	----

CAPÍTULO 2

IDENTITÀ DELLA COSTITUZIONE E LIMITI ALLA REVISIONE COSTITUZIONALE (IL CASO COLOMBIANO)

<i>RICCARDO GUASTINI</i>	69
--------------------------------	----

CAPÍTULO 3

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y RETOS INDIVIDUALES Y DE PROTECCIÓN COLECTIVA EN EL SISTEMA EUROPEO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

<i>LUIS-ANDRÉS CUCARELLA GALIANA</i>	95
--	----

CAPÍTULO 4

HITOS DE DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL: PROPUESTAS DESDE AMÉRICA LATINA*SILVIA BAGNI* 129

CAPÍTULO 5

¿QUÉ TIPO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ADOPTAR
FRENTE AL “DÉFICIT ECOLÓGICO” DE LAS CONSTITUCIONES?
UNA COMPARACIÓN A TRAVÉS DEL PENSAMIENTO
DE SLOTERDIJK*MICHELE CARDUCCI* 167

CAPÍTULO 6

CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA, RETO PARA LA
JUSTICIA CONSTITUCIONAL*JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO* 183**SEGUNDA PARTE****CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.
EL ENSAYO Y ERROR EN LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL**

CAPÍTULO 7

HEREJÍAS CONSTITUCIONALES Y CIRCULACIÓN DE LA
DOCTRINA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*LILIANA ESTUPIÑÁN ACHURY / OSCAR ELÍAS HERRERA BEDOYA*..... 211

CAPÍTULO 8

EL ORIGEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA
EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991*WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ* 251

CAPÍTULO 9

LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL
COLOMBIANA SOBRE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA / JAVIER SANTANDER /

EDGAR VALDELEÓN..... 307

BIBLIOGRAFÍA 355

INTRODUCCIÓN

El control constitucional moderno es el desarrollo de una idea antigua, pero poderosa: que las leyes y regulaciones que expidan las autoridades no contravengan preceptos considerados como “superiores”.

En Atenas, por ejemplo, los decretos expedidos por la asamblea popular (*Ecclesia*) debían estar en conformidad con el *nomos* (leyes superiores que establecían criterios de validez y legalidad). En Roma, la discusión entre el derecho natural y el derecho civil estableció una línea de derecho infranqueable defendida por los estoicos; así, por ejemplo, es famosa la máxima de Cicerón respecto a que *Ubi non est iustitia non potest esse ius* o aquel otro famoso aforismo en latín *Iura naturalia ius civile corrumpere non potest*. Sin embargo, no hay claridad respecto a las instancias que ejercían dicho control, si eran autoridades legislativas, gubernativas o judiciales.

Durante la Edad Media, en un primer momento dicha forma de control prácticamente desaparece al decaer la legislación y prevalecer el derecho consuetudinario de los pueblos bárbaros con su tradición oral y de norma no escrita; además, la noción de constitución o de norma superior, va a perder sentido con el esquema fragmentado de la división feudal sustentado jurídicamente en el contrato de vasallaje (por constitución se entiende un tipo de decreto del papa o las cartas de fueros de ciertas ciudades). En un segundo momento, caracterizado por la aparición de los reinos nacionales, la Escolástica y la recepción del derecho romano, van a aparecer ciertas formas de control sobre las nuevas disposiciones, para que no contradigan el derecho natural o ciertas leyes que empiezan a considerarse como fundamentales. Al parecer, fue el monarca y las autoridades eclesiásticas, quienes

ejercían este tipo de control; es decir, era un control que descansaba en el gobierno y que, en cierta manera, sigue vigente en la actualidad (cuando el presidente de la república revisa la constitucionalidad de un proyecto de ley antes de sancionarlo con su firma –control previo–).

Fue en Inglaterra, a comienzos del siglo XVII, donde el moderno control de constitucionalidad tomó cuerpo y de allí pasó a las colonias americanas en donde se desarrolló dos siglos después. Según el estudio de Cepeda,¹ el control judicial moderno aparece en 1610 con el pronunciamiento del juez Coke frente a las pretensiones del rey Jacobo I de ejercer el poder judicial personalmente. Esto respondió Coke en el *Bonham's Case* (1610): “cuando un acto del Parlamento fuera en contra de la razón, el derecho común lo consideraría nulo. Los expertos en derecho, o sea los jueces, eran los únicos que podían ejercer ese poder. Con la *Glorious Revolution* (1688) triunfó el principio de la supremacía del poder legislativo del Parlamento; sin embargo, la idea de una “ley superior” ya había pasado a las colonias inglesas en América”.²

En efecto, la supremacía del poder legislativo y de la ley ejerció gran influencia, no solo en Inglaterra, sino en toda la Europa continental y su respectiva colonia durante el siglo XIX y buena parte del XX; la codificación napoleónica, el positivismo jurídico, la noción de ley como expresión de la voluntad general hicieron pensar que el derecho se reducía a la ley. Se pensó, entonces, en un control de tipo legislativo; es decir, cuando se consideraba que una ley podría contradecir la Constitución, se recurría al mismo Parlamento para su control, revisión y ajuste. Este modelo prevaleció en Colombia hasta principios del siglo XX.

Sin embargo, en Norteamérica era común que las colonias expidieran leyes, siempre y cuando no contrariaran las leyes del Reino de Inglaterra. De este modo, el Tribunal de Apelación británico (*Privy Council*) invalidó más de 600 leyes coloniales entre 1696 y 1782, de esta manera, cuando las colonias se independizaron y redactaron sus propios estatutos o constituciones, ya existía allí la idea de un

¹ Cepeda Espinosa, M. *Derecho, política y control constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1986.

² *Ibíd.* p. 22.

control judicial de las leyes: “La aceptación de la idea del control constitucional también aparece en las constituciones de Pennsylvania de 1776, artículo 47, y de Vermont de 1777, artículo 44. Igualmente, las cortes supremas estatales declaraban la inexecutableidad de los actos del legislador que contrariaban la Constitución. Así ocurrió en 1787 en North Carolina, en 1796 en Carolina del Sur, en 1793 en Virginia y en 1802 en Maryland”.³

En el caso *Marbury vs. Madison* (1803) de la Corte Suprema de Estados Unidos, el juez John Marshall declaró la inconstitucionalidad de una ley y estableció los principios jurisprudenciales que facultan a las cortes para ejercer el control de constitucionalidad de aquellas normas que contravienen la Constitución. Con esto, nació la jurisdicción constitucional y la necesidad de un órgano judicial que lo realizara. Como se sabe, en USA este papel lo ha venido cumpliendo la Corte Suprema de Justicia

Volviendo a Europa, a comienzos del siglo XX el ejercicio del control constitucional por vía judicial toma un mayor impulso con la creación de un nuevo modelo de control, diferente al norteamericano. Aparece, entonces, un órgano de salvaguarda de la Constitución, independiente y autónomo: los tribunales constitucionales. Si bien los primeros tribunales constitucionales aparecieron en 1920 (Austria y Checoslovaquia) y 1931 (España), será después de la II Guerra Mundial cuando se presente una explosión de la justicia constitucional: Austria 1945 (refundación), Italia en 1948, Alemania en 1949, Francia 1959, Turquía 1961, Yugoslavia 1963, Portugal 1976, España 1978, Bélgica 1983, Polonia 1985, Hungría 1989, Bulgaria 1991⁴. Es indiscutible que los horrores de la II Guerra Mundial, por los abusos sobre los derechos humanos, desencadenaron el movimiento de creación de órganos encargados de realizar los juicios constitucionales.

El modelo concentrado formulado por Kelsen en la Constitución austríaca del 1 de octubre de 1920 que da origen al modelo europeo de tribunales constitucionales, es opuesto al modelo americano por

³ *Ibid.* p. 23.

⁴ Favoreu, L. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

cuanto allí no se presenta el fenómeno de la especialización de las jurisdicciones (ordinaria, administrativa) como en Europa. Es por esto que los litigios, en USA, pueden ser conocidos por cualquier juez sin un tratamiento específico.

Éste modelo europeo apuesta por un contencioso constitucional especializado, y diferente de la jurisdicción ordinaria y administrativa, al que puede acudir, por la vía de acciones judiciales, cualquier persona y cuyos fallos tendrán efecto de cosa juzgada. Esto va a originar no pocas disputas con los demás órganos del poder público, tanto el legislativo como el ejecutivo. Al respecto se señaló en su momento que: “¿Cómo han podido adoptar los europeos el sistema que implica un enfrentamiento directo y abierto con el legislador, cuando el respeto hacia este les impidió, en el siglo XIX y comienzos del XX, adoptar el sistema americano, en apariencia, sin embargo, menos atentatorio contra los derechos del Parlamento?”.⁵

Para el caso de Colombia, el control constitucional aparece consagrado en las diferentes constituciones republicanas de comienzos del siglo XIX. En un primer momento, el control constitucional fue encargado al Congreso con iniciativa del gobierno; así, durante la Primera República, las constituciones de Cundinamarca, Cartagena, Tunja y Antioquia en 1811 establecían que el Senado podía suspender una ley objetada por el Ejecutivo por vicios de inconstitucionalidad. Como se dijo anteriormente, este tipo de control se enmarca en la concepción de supremacía del poder legislativo y de la ley.

La Constitución de 1853 fue la primera que estableció un control constitucional judicial en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, al decidir sobre la nulidad de las ordenanzas municipales contrarias a la Constitución y las leyes. Años más tarde, las constituciones federales de 1858 y 1863 son las primeras en establecer el control constitucional judicial sobre las leyes de los Estados federados, aunque de forma indirecta. La Corte Suprema podía suspender la aplicación de una ley contraria a la Constitución de la Unión o a las leyes de la Federación, pero el Senado decidía en últimas sobre la nulidad de la

⁵ *Ibíd.* p. 16.

norma acusada; por su parte, los Estados podían por la mayoría de sus legislaturas, anular leyes y la Corte Suprema declaraba tal nulidad. Como se observa, seguía prevaleciendo un control constitucional de tipo legislativo.

En la Constitución de 1886 siguió dominando la tesis acerca del principio de primacía del legislador en materia de control de constitucionalidad, pero con la reforma de 1910 se otorgó a la Corte Suprema de Justicia la guarda e integridad de la Constitución, al permitírsele decidir sobre la exequibilidad de actos legislativos objetados por el gobierno, así como de las leyes y decretos acusados por cualquier ciudadano previa intervención del Procurador General de la Nación; de este modo, se había consolidado de manera definitiva el control judicial de constitucionalidad en nuestro país.

La reforma de 1945 señaló la competencia del Consejo de Estado para ejercer control de constitucionalidad sobre los decretos reglamentarios que expidiera el gobierno, introduciendo de esta manera elementos del control difuso. Finalmente, la reforma de 1968 crea la Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia compuesta por expertos en derecho público.

La Corte Constitucional colombiana, como tribunal autónomo e independiente cobró vida jurídica con la aprobación (4 de julio) y promulgación (7 de julio) de la Constitución de 1991; sin embargo, será hasta el 25 de febrero de 1992 cuando efectivamente la Corte Constitucional se integre e inicie sus labores de manera efectiva. Durante todo este tiempo, la labor de la Corte Constitucional ha sido considerada como fundamental para el desarrollo de los nuevos preceptos constitucionales, la concreción de los derechos fundamentales y la creación de una nueva cultura jurídica en todo el país. A corte de mayo 16 de 2017, la Corte ha promulgado 18.098 sentencias sobre acción de tutela, 6.189 sobre control de constitucionalidad y 6.554 autos; de otro lado, han ejercido como magistrados de la Corte 45 eminentes juristas y debido a lo novedoso y polémico de algunos fallos, ha obtenido reconocimiento a nivel internacional.

El presente libro es un reconocimiento a la labor de la Corte Constitucional colombiana y a sus magistrados en sus 25 años de vida. Para el efecto, se han escogido importantes aportes de académicos tanto nacionales como internacionales, para rendir este merecido y sentido homenaje. La obra se divide en dos partes. La primera, denominada *Mirada comparada a los tribunales constitucionales*, reúne los trabajos de eminentes juristas, tratadistas e investigadores internacionales.

El primer capítulo de autoría del italiano Lucio Pegoraro titulado “Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional”, ofrece una revisión sobre la clasificación de los modelos de control constitucional teniendo en consideración un solo elemento; en este sentido, no le parece adecuado que el modelo concentrado/difuso sea el más apropiado. Recomienda abandonar modelos de justicia constitucional rígidos para pasar a otros dúctiles en los cuales se consideren elementos generalmente dejados en el olvido, como el parámetro y el objeto. El segundo capítulo, proveniente también de Italia “Identità della Costituzione e limiti alla revisione costituzionale” de Riccardo Guastini, analiza el tema de la identidad de la constitución como límite al control constitucional para el caso colombiano, en especial, el papel que cumplen los principios superiores en la materia; el texto se publica en italiano, para respetar las ideas originales de su autor. El tercer capítulo, titulado “Tribunales constitucionales y retos individuales y de protección colectiva en el sistema europeo de control de constitucionalidad” del español Luis Andrés Cucarella, presenta los desafíos históricos que ha afrontado el modelo europeo de justicia constitucional concentrada, su evolución y perspectivas futuras, lo que representa un importante material de información para apreciar el movimiento constitucional colombiano y latinoamericano. El cuarto capítulo, escrito por Silvia Bagni y titulado “Hitos de democratización de la justicia constitucional: propuestas desde América Latina”, aborda el estudio del neoconstitucionalismo latinoamericano como ejemplo de inclusión, participación, pluralismo jurídico y democratización de la función de control constitucional, aspecto este, deficitario en la mayoría de modelos y sistemas de justicia constitucional. En el capítulo 5, Michele Carducci ofrece una reflexión sobre qué tipo de justicia constitucional adoptar frente al “déficit ecológico” de las

constituciones. Para el autor, existe un déficit ecológico puesto que ninguna constitución en el mundo trata la temática de la “huella ecológica”, no dicen nada a propósito de los límites del ecosistema o del consumo; no obstante, los ejemplos de Brasil, Ecuador y Bolivia, abren nuevas posibilidades frente a tal déficit, aunque no resuelven el problema de los límites de la naturaleza: “Se podría decir que la naturaleza se pone como “hecho interpuesto” entre cualquier parámetro de constitucionalidad “humana” (derechos, intereses, conflictos, etc...) y los hechos y las normas de las relaciones sociales: un parámetro interpuesto que, por el hecho de estar interpuesto, condiciona y orienta la evaluación de la constitucionalidad de cualquier elección y de cualquier decisión”. Cerrando esta primera parte, Jairo Vladimir Llano en el capítulo 6, titulado “Constitucionalismo en América Latina, reto para la justicia constitucional”, analiza el proceso de creación del movimiento del neoconstitucionalismo, las transformaciones en Venezuela, Ecuador y Bolivia que dan origen al término “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, los modelos de Estado plasmados en la Constitución colombiana y, finalmente, el pluralismo jurídico en el contexto de la globalización.

La segunda parte, titulada *Corte Constitucional colombiana. El ensayo y error en la justicia constitucional*, presenta el trabajo de consagrados investigadores colombianos sobre el derecho constitucional; en este caso, y como homenaje a los 25 años de vida institucional, los estudios giran sobre el tema específico de la Corte Constitucional colombiana.

De este modo, el capítulo 7, “Herejías constitucionales y circulación de la doctrina en la Corte Constitucional colombiana”, de autoría de Liliana Estupiñán y Oscar Elías Herrera, se ocupa de la circulación de la doctrina en una muestra de sentencias de la Corte Constitucional, autodenominadas “herejes” por el exmagistrado Carlos Gaviria Díaz entre los años 1993-2001; en palabras de sus autores: “Más de 120 autores de todas las nacionalidades y disciplinas científicas son invocados por Carlos Gaviria Díaz en los veinte documentos estudiados. Este número significativo de autores, *en su mayoría hombres*, refleja la importancia que la Corte Constitucional colombiana le ha dado tanto a la citación implícita como explícita de la doctrina y de

diversas obras, en sus sentencias”. El capítulo 8, “El origen de la Corte Constitucional colombiana en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991” de William Guillermo Jiménez, realiza un estudio sobre el proceso de creación de la Corte Constitucional en las propuestas de la Constituyente de 1991; para ello se analizan las diversas propuestas (tanto de apoyo como de oposición), su justificación, la evolución del articulado a lo largo de los debates, el clima de opinión que suscitaba la creación de esta nueva institución y lo que se esperaba de ella; una conclusión del autor es que: “...para los constituyentes de 1991, no era una sorpresa que los fallos de la nueva Corte Constitucional tuvieran un carácter político como efectivamente sucede, quizá lo que no alcanzaron a vislumbrar, fue la magnitud de los efectos de tales fallos y su impacto en la vida política, económica y social de los colombianos”. Para terminar este libro, el capítulo 9, escrito a seis manos por Jorge R. Palomares, Javier Santander y Edgar Valdeleón, titulado “La evolución de la doctrina constitucional colombiana sobre la rigidez constitucional”, trata de establecer la manera como la Corte Constitucional ha construido sus métodos interpretativos, en especial para garantizar la rigidez e identidad de la Constitución; su hipótesis consiste en que: “...el método de sustitución de la constitución tiene ciertos componentes, que más que ofrecer certeza en la aplicación del mismo, crean dudas y, por tanto, un amplio margen de discrecionalidad judicial, el cual puede llevar a fallos contradictorios”.

Con todos estos sugerentes planteamientos, la lectura no puede dar espera.

WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ,
Bogotá, mayo de 2017

PRIMERA PARTE

MIRADA COMPARADA A LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO 1

HACIA UNA NUEVA SISTEMÁTICA DE LOS MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Lucio Pegoraro*

INTRODUCCIÓN

El artículo critica la dicotomía prevalente concentrado/difuso utilizada para clasificar los sistemas de justicia constitucional; recuerda que muchos autores habían propuesto tomar en cuenta ulteriores elementos (el bien protegido, la cercanía de los intereses protegidos, la eficacia directa de los pronunciamientos, etc.); sugiere considerar “pertinentes”, para fines taxonómicos, otros elementos, como el parámetro y el objeto del juicio. También niega que, en principio,

* Lucio Pegoraro es profesor afiliado en la Universidad Autónoma de Nuevo León, catedrático de Derecho Público Comparado en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia, y doctor h.c. en tres universidades latinoamericanas.

Ha publicado más de quince monografías y es autor de centenas de ensayos y artículos publicados en libros y revistas italianas, españolas, portuguesas, latinoamericanas, francesas, inglesas, etc. sobre varias temáticas comparativas (método, fuentes del derecho, instituciones, justicia constitucional, revisión constitucional, descentralización, derechos y libertad, etc.), publicadas en italiano, castellano, francés, inglés, portugués, árabe, en revistas y volúmenes editados en Canadá, Portugal, México, Perú, Francia, Venezuela, Brasil, Chile, Argentina, Ecuador, España, Georgia, República Dominicana, Reino Unido, Colombia.

Participa en obras didácticas y en manuales colectivos publicados en Italia y en el extranjero. Dirige o codirige una revista internacional y varias colecciones comparativas, y participa en los comités de dirección o científicos en veinte revistas, principalmente extranjeras.

Artículo traducido en su mayoría por Grethell Aguilar Oro. Máster en Derecho Público del Estado Autonomo por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. En: *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 18/2015, www.iustel.com.

sea posible clasificar los modelos de justicia constitucional teniendo en consideración un solo elemento. Para formular una propuesta reconstructiva, elabora los siguientes pasos: a) partiendo de la crítica de Tusseau a los modelos, en primer lugar la acentúa, no solo contrastando la “pureza” del modelo estadounidense, sino poniendo en duda, incluso, que se pueda considerar en sí un “modelo” difuso; b) mueve la atención de la clasificación anclada en los modelos hacia la clasificación anclada en el análisis de los sistemas; c) niega la utilidad de construir clases rígidas, recomendando el uso de clasificaciones débiles, que permitan situar las experiencias en líneas graduadas; d) selecciona algunos elementos importantes para las clasificaciones, reforzando aquellos tradicionales, pero revalorando algunos generalmente dejados en el olvido (especialmente, el parámetro y el objeto). El texto sugiere, finalmente, algunas formas para agrupar en clases dúctiles los sistemas, cruzando las clasificaciones propuestas por separado, para medir la capacidad de condicionamiento de la justicia constitucional en los distintos sistemas.

1. LA DICOTOMÍA CLÁSICA Y NUEVAS PROPUESTAS

Respecto de los primeros esquemas clasificatorios de los distintos sistemas de justicia constitucional¹ —apelando, por una parte, a la distinción entre control político y control jurisdiccional y, por otra, a la estructura de los tribunales, a la fase de control, a la eficacia de la decisión— muchas cosas han cambiado en la sistemática de dichos modelos.

Al respecto, las claves de lectura propuestas hasta ahora por la doctrina comparada son básicamente de dos tipos. Por una parte, una vez diferenciados los modelos con base al carácter jurisdiccional del órgano encargado de realizarla y a la fase del control, se ha desarrollado una teoría de los modelos (jurisdiccionales) clásicos, progresivamente adaptada e integrada, que usa un criterio fundamental para la

¹ Cfr. Cappelletti, M. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968; ID., *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984 (también en ID., *Le pouvoir des juges*. Paris: PUF, 1990); e ID., *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford U.P., 1989 y 1991.

identificación de los elementos determinantes, identificados con la naturaleza concentrada o difusa del modelo, las modalidades de acceso, la eficacia (declarativa o constitutiva) del pronunciamiento. Por otra parte, algunos –pocos– han radicalmente subvertido dicho esquema para la identificación de los elementos determinantes, asumiendo diferentes criterios para construir clases.²

El elemento representado por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano está en la base, por ejemplo, de la primera dicotomía identificada por Calamandrei y Cappelletti,³ pero se encuentra también difusamente en otros autores, como en N. Sagüés,⁴ en C. Blanco De Moraes⁵ y en muchos estudiosos franceses que se preocupan por evidenciar la progresiva jurisdiccionalización del sistema de aquel país.⁶

La estructura del órgano, en cada caso, está *siempre* señalada como un elemento esencial de la clasificación, no solo para distinguir, desde hace tiempo por P. Calamandrei,⁷ sistemas “políticos” de sistemas “jurisdiccionales”, sino, sobre todo, para marcar la gran división entre sistemas difusos y sistemas concentrados, presente en casi todos los autores, incluyendo aquellos que toman en consideración otros elementos (por ejemplo, H. Nogueira Alcalá⁸), aunque no pocos señalan cómo las progresivas hibridaciones tienden a disminuir su importancia a efectos de clasificación (por ejemplo, F. Fernández

² V. las recientes consideraciones de Fernández Segado, F. *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 2013.

³ Calamandrei, P. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950. p. 5 ss., y Cappelletti. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Op. Cit., p. 49 ss.

⁴ Sagüés, N. *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

⁵ Blanco de Moraes, C. *Justiça Constitucional, I, Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra ed., 2002. p. 281 ss.

⁶ Entre otros, Favoreu, L. *Les Cours constitutionnelles*. Paris: PUF, 1986 y ediciones posteriores, distingue los modelos preventivos de los *a posteriori*; Fromont, M. *La justice constitutionnelle dans le monde*. Paris: Dalloz, 1996, individualiza tres fases de desarrollo de la justicia constitucional, acentúa la yuxtaposición entre procedimientos concretos y abstractos, ejercitados respectivamente por tribunales ordinarias o especiales; y Rousseau, D. *La justice constitutionnelle en Europe*. 3ª ed. Paris: Montchrestien, 1998 y ediciones posteriores, también clasifica la justicia constitucional desde una perspectiva temporal, anclándose en las categorías tradicionales, y subraya la diferencia entre control *a priori* y *a posteriori*.

⁷ Calamandrei. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Op. Cit., y otros muchos autores hasta Ruggeri, A., Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*. 5ª ed. Torino: Giappichelli, 2014.

⁸ Nogueira Alcalá, H. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. México: Porrúa, 2004. p. 61 ss.

Segado,⁹ E. McWhinney,¹⁰ y D. García Belaunde, cuando propone su «*concepción iberoamericana difuso-concentrada*»¹¹). Clasificaciones más sofisticadas se apoyan en la jurisdicción territorial del órgano de control constitucional, a veces internacional, nacional, o federal/estatal.¹² Además, el análisis estructural del órgano de control de la ley induce a alguno, como Brewer Carías,¹³ a enfatizar como un factor clasificatorio el origen judicial o no del mismo, o bien la influencia parlamentaria en el nombramiento de los jueces.¹⁴

La fase temporal del control –considerada determinante para fines clasificatorios por buena parte de la doctrina francesa, pero también por estudiosos de diversos países–¹⁵ generalmente es subrayada, junto con otros elementos, como la naturaleza política o jurisprudencial del control, la eficacia de las decisiones, o su carácter abstracto o concreto.

Casi siempre indicada como elemento imprescindible de las clasificaciones es la forma de acceso a las cortes o tribunales. Mientras que en las reconstrucciones tradicionales el énfasis se pone sobre el instrumento procesal (recurso o incidente), en otras se toma en

⁹ Fernández Segado, F. *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano – La giustizia costituzionale ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Bologna: Bonomo, 2003; ID., *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI. La quiebra de la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*. Madrid: Tecnos, 2001; ID., *La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional*. En: *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 12, 2013. p. 1 ss.

¹⁰ McWhinney, E. *Supreme courts and judicial law-making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986.

¹¹ García Belaunde, D. *La acción de inconstitucionalidad en el Derecho comparado*. Lima: Lecturas Constitucionales Andinas, I, 1991. p. 183 ss. (y espec. p. 196).

¹² Como lo propuse en *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 164 ss., y progresivamente en otros artículos [A justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo. En: Almeida Filho, A., Bilac Moreira Pinto Filho, F. (orgs), *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 430 ss., y en *Propuestas de clasificación de los sistemas de justicia constitucional y sus relaciones con la denominación de la materia “derecho procesal constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 11 ss.].

¹³ Brewer Carías, A. *Instituciones políticas y constitucionales*, VI, *Justicia constitucional*. Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, 1996.

¹⁴ Además de Sagüés. *Derecho procesal constitucional*. Op. Cit., v. Von Brünneck, A. Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales – The Check of Constitutionality and the Lawmaker in Democracies. En: *Ann. Int. Just. Const.*, n. 4, 1988. p. 15 ss., y Favoreu, L. *Les Cours constitutionnelles*. 3ª ed. Paris: PUF, 1996. p. 16 ss.

¹⁵ Por ej., Sagüés. *Derecho procesal constitucional*. Op. Cit., y Nogueira Alcalá. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. Op. Cit.

cuenta la calidad de los actores, a veces las minorías parlamentarias, ciudadanos o jueces.¹⁶

Sobre la naturaleza declarativa o constitutiva de las decisiones, se sabe que esta representa un pilar de las clasificaciones de Calamandrei y después de Cappelletti (junto con la estructura concentrada o difusa y con la modalidad de acceso); así como otros aspectos de las decisiones —efectos vinculantes o no, *erga omnes* o *inter partes*, *ex nunc* o *ex tunc*— son tenidos en cuenta para proponer ulteriores distinciones (desde Cappelletti hasta Brewer Carías, Sagüés o Nogueira Alcalá), también con relación al papel positivo (normativo) o negativo de los pronunciamientos y, en general, de la actividad de las cortes en el sistema.¹⁷

Dichos elementos determinantes recurrentes no son ignorados por quien identifica los pilares de las clasificaciones en factores más amplios, y los utiliza para dicotomizar los modelos según el tipo de concreción o abstracción de los diversos sistemas: es el caso de A. Pizzorusso que, precisamente, considera la mayor o menor proximidad a los intereses subyacentes el elemento para distinguir en dos grandes clases los sistemas de justicia constitucional, llegando así a señalar también los *resultados* diversos de los mismos, como la propensión de los sistemas concretos a tutelar las libertades y de aquellos abstractos a vigilar sobre las competencias.

A soluciones similares —aunque con caminos completamente diferentes— llega también quien, como F. Fernández Segado, asume como elementos diferenciales (y por lo tanto no lo considera un resultado) la naturaleza de la función ejercitada, de modo que el control se realiza de manera diferente en función de si se cumple sobre la ley o en la aplicación de la ley.

Por el contrario, quien propone abandonar totalmente los elementos determinantes tradicionales para clasificar, y anclarse precisamente

¹⁶ Pasquino, P. Tipologia della giustizia costituzionale in Europa. En: *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2002. p. 360 ss.

¹⁷ Pizzorusso, A. I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi. En: *Quad. cost.*, n. 3, 1982. p. 522.

en la función, es F. Rubio Llorente, quien divide los sistemas según tutelen (concretamente) las libertades o (abstractamente) la ley.¹⁸ Otros autores, como Weber,¹⁹ analizan el objeto del control por considerarlo relevante para fines de las clasificaciones, distinguiendo según si las cortes tutelan la ley, o los derechos, o las competencias de órganos y entes territoriales. Elementos estos —o “parámetros”, como ellos los denominan— no distintos de aquellos individualizados por V. Constantinesco y S. Pierré Caps, además de la composición, la fase y la eficacia.²⁰

Con relación a la clasificación de los modelos incidentales, Silvia Bagni ha sugerido considerar la capacidad de la Corte o Tribunal para incidir directamente en los efectos de la decisión en los conflictos de las partes, lo que permitiría colocar a Italia, cuando ello no es posible sin la intervención del legislador o de la autoridad administrativa, en una clase por separado, puesto que en el sistema italiano los elementos de concreción son relegados a la fase instaurativa del proceso constitucional ante la Corte pero no, por lo menos desde esta perspectiva, en aquella descendente de la misma.²¹

La importancia dada por varios autores a los elementos hasta ahora indicados es diferente en función de algunas variantes, en particular, el grado de simplificación/complicación de la clasificación. Considerando como elemento de distinción solo el grado de concreción/abstracción (como en Pizzorusso), o bien solo el fin del control (como en Fernández Segado), ellos sirven precisamente para construir los respectivos conceptos de concreción/abstracción (dada por el tipo de recurso, la fase, el interés subyacente, la importancia de la decisión, etc.), o de “control sobre la ley” o “en ocasión de la ley”. (De nuevo son relevantes, para distinguir los dos modelos, las modalidades de acceso, el instrumento procesal, el éxito de la sentencia, etc.).

¹⁸ Rubio Llorente, F. Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe. En: *Ann. int. just. const.*, n. 12, 1996. p. 9 ss.

¹⁹ Weber, A. Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences. En: *Ann. int. just. const.*, 2003. p. 29 ss.

²⁰ Constantinesco, V.; Pierré Caps, S. *Droit constitutionnel*. 4^a ed. Paris: PUF, 2009.

²¹ Bagni, S. *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei “modelli” dottrinali*. 2^a ed. Bologna: Clueb, 2007.

Con la intención de simplificar las clasificaciones, hay quienes eligen elementos determinantes macro, como en los casos señalados (concreción, abstracción, etc.), sin embargo, a veces acompañados por subparticiones, y quienes, por el contrario, se basan sobre elementos más pragmáticos, positivos (estructura, modalidad de elección, elemento procesal de acceso, eficacia del pronunciamiento, bien tutelado, y así sucesivamente hasta factores aparentemente más marginales), de vez en cuando, dándoles mayor o menor peso.

No obstante todo ello, y salvo excepciones, en el fondo quedan siempre dos malentendidos: uno es de tipo sustancial, y es que la gran división permanece considerándolo todo, entre el control concentrado y el control difuso; el otro es de tipo metodológico: es decir, que para entender la realidad, se necesita de las clasificaciones rígidas.

2. UN ERROR SUSTANCIAL: LOS ESTADOS UNIDOS, ARQUETIPO DEL CONTROL CONCENTRADO

Un ensayo de G. Tusseau, cuyo título en la versión francesa significativamente se denomina «Contre les “modèles” de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique»²², no niega que sea provechoso construir modelos. Sin embargo, rechaza la idea de que los sistemas de justicia constitucional sean herederos de dos modelos —el estadounidense y el de Kelsen— porque el derecho positivo demuestra que cada ordenamiento constituye casi un elemento aislado, evidenciando caracteres suyos bajo todo punto de vista que pueda ser considerado: del perfil subjetivo (control difuso vs control concentrado) al modo (tipos de acceso); de los efectos (tipo de eficacia) a las funciones (el bien protegido), entre otros. Pero no solamente eso,

²² Tusseau, G. *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*. Bolonia: BUP, 2009, trad. esp. *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*. México: Porrúa-Imdp, 2011; vid. también ID., *Au-delà des ‘modèles’ de justice constitutionnelle, pour un comparatisme pragmatiste*. En: *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 12, 2013, trad. it. Oltre i “modelli” di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista. En: Bagni, S. (Ed.). *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*. Bologna: BUP, 2013; ID., *Les causes du choix d’un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l’étude du contentieux constitutionnel*. En: *Jus politicum*, n. 13, 2014, y en http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/jp13_tusseau.pdf

sino que Tusseau también señala que en los diferentes ordenamientos los elementos individualizados en los modelos americano y austriaco, que parecen caracterizarlos de forma unitaria, no siempre “van juntos”, es decir, son frecuentes los casos en los que los elementos americanos se mezclan con los austriacos; la naturaleza abstracta se encuentra a veces en los sistemas difusos, la naturaleza concreta en los concentrados; la eficacia declarativa o constitutiva no representa una característica de un tipo o de otro, etc., por no decir que en los mismos modelos los elementos tradicionales se encuentran solamente de manera general, y hay excepciones.

Rechazando la dicotomía y, en consecuencia, invirtiendo el método de investigación, no se propone partir de Estados Unidos y Austria para incorporar a ellos las diversas experiencias (posiblemente forjando clases mixtas o híbridas), sino de la extraordinaria variedad del derecho positivo y desde esta (re-)construir eventualmente las clases.

En mi opinión, incluso en la experiencia histórica, ambos modelos nacieron como concentrados: el art. III, sec. I de la Constitución de los Estados Unidos afirma: «The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish (...)».²³ Se nota que la previsión de otros tribunales federales es solo posible, como explica Hamilton en el n. 81 del *Federalista*, justificándola con base a razones prácticas. La sección II, § 2, confiere a la Corte Suprema competencia originaria, «In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, *and those in which a State shall be party*». La Constitución no contiene al inicio, como todos saben, algún *Bill of Rights*. Solo con la incorporation, después de la guerra civil, la competencia del juez se extenderá de facto a las libertades y a los derechos. Recordemos que al inicio el problema es cómo respetar las competencias respectivas de los poderes, de los estados y de la federación. Cuestión que solo compete a la Corte Suprema, tribunal federal –concentrado, diremos– de única instancia. El

²³ Sacerdoti Mariani, G. in Sacerdoti Mariani, G.; Reposo, A.; Patrono M. (Eds.), *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*. Firenze: Sansoni. p. 106, nt. 88, señala que «con el uso de one se quiere insistir sobre la unicidad de la Corte Suprema».

celebérrimo ensayo n. 78 del *Federalista*, que sienta las bases del control de constitucionalidad, tiene un carácter universal cuando aborda genéricamente el conflicto entre «aquella (ley) que posee fuerza obligatoria y validez superior» y las otras; entre «la constitución y la ley ordinaria, la intención del pueblo, a la intención de sus mandatarios». Detrás, sin embargo, el problema principal estaba representado por los conflictos, sea entre los poderes, sea, sobre todo, entre las entidades públicas. En *El Federalista* el tema es recurrente: en el ensayo n. 19 Madison y Hamilton recuerdan los mecanismos (concentrados) de solución de las controversias entre los cantones en la Confederación Suiza; en el n. 49 Madison evoca el “Consejo de los Censores” en Pensilvania reunidos en los años 1783 y 1784, y en el n. 80 Hamilton menciona a la Cámara Imperial creada por Maximiliano a fines del siglo XV; es aquí, especialmente, que reconduce el tema del “medio constitucional para hacer aplicar las disposiciones constitucionales”, lo que constituirá el límite de las competencias estatales.²⁴

Solo después el elemento del carácter difuso asume consistencia, pero viene en parte frustrado por el poder de la Corte Suprema de seleccionar los casos a través del *writ of certiorari*, para así ocuparse solo de los problemas de constitucionalidad. Motivo por el cual la Corte Suprema, para la común percepción, viene considerada como tribunal constitucional. ¡La Constitución es eso que la Corte Suprema, no otras, dice que eso sea!²⁵

No parece tener mucho sentido continuar, entonces, clasificando los modelos partiendo de un presupuesto, parcialmente erróneo, basado sobre la antinomia entre la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, nacida para la defensa de las competencias,²⁶ y un sistema —el americano— nacido con

²⁴ Reposo, A. The Federalist, Judicial Review e Stato federale. En: *Il Politico*, 1987. p. 37 ss.

²⁵ La frase: «the Constitution means what the Supreme Court says it means» fue pronunciada por el Chief Justice Charles Evans Hughes (1907).

²⁶ Sin querer remontar hasta los mismos orígenes en la antigua jurisdicción del Sacro Imperio Romano (*Reichsgerichtsbarkeit*), se ha señalado que en las constituciones de los Estados alemanes aprobadas después de 1830, la jurisdicción constitucional de las controversias entre órganos del Estado o en todo caso en materia de derecho estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) no pudo arraigar en defecto de instancias federales [Luther, J. *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*. Torino: Giappichelli, 1990. p. 95; y anteriormente Friesenhahn, E. *Die Staatsgerichtsbarkeit*. En: Anschütz, G.; Thoma, R. (Eds.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, 2 voll. Tübingen, 1932, II]. Es en cambio en la estructura federal de la Confederación Alemana del 1815 donde se puede hallar el germen de la justicia constitucional, y justo en materia de regulación de competencias

la misma finalidad, e inspirado en la idea de que el verdadero garante de la Constitución es la Corte Suprema, y solo en vía subsidiaria cualquier juez.

3. UN ERROR METODOLÓGICO: CLASIFICACIONES RÍGIDAS

En una clasificación, los mismos objetos observados pueden ser clasificados en conjuntos de diferente grosor. Maquiavelo, por ejemplo, afirmaba que las organizaciones políticas pueden ser principados o repúblicas; Aristóteles distinguía tres formas puras y tres corruptas. Hoy, en la doctrina constitucional, existe la tendencia de dividir el mundo en dos clases: las democracias (los buenos) y todo lo demás (los malos).²⁷ Es evidente que el simplismo clasificatorio no ayuda a comprender la realidad: sería como dividir los colores en dos categorías: los claros y los oscuros. En una tienda de pinturas, los posibles matices de verde, rojo, amarillo son muchos. Pero, desde la perspectiva opuesta, tampoco son útiles las clasificaciones demasiado detalladas. Ninguna gota de agua es idéntica a otra, como tampoco lo es ninguna hoja. Si se insiste demasiado en las diferencias, no se hace una verdadera clasificación, si se describe cada objeto de investigación (*monades*) de

entre los Estados partícipes de la Confederación misma, y también de conflictos entre federación y estados confederados. Tal esquema fue recogido luego en la Constitución suiza de 1874, en la de Weimar de 1919 y por fin –racionalizado por Kelsen– en la Constitución austríaca de 1920 (donde el núcleo central de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* fue y es hoy representado por la regulación de las competencias de *bund y länder*).

²⁷ La elección clasificatoria dicotómica (que evoca la visión simplificada del mundo de John Wayne) es la más difusa hoy entre los comparatistas estadounidenses: como escribe Monateri, P.G. *Critique et différence: le droit comparé en Italie*. En: *Rev. int. dr. comp.*, n. 4, 1999, p. 999, «Aux États-Unis aujourd'hui on a une préférence pour des classements axés sur l'opposition entre la Western Legal Tradition et les autres. Que c'est américain et que c'est simple!». Y, citando a Mattei, U. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: Un. of Michigan Press, 1997 (Chap. 3: "The Distinction between Common Law and Civil Law: Doing Away with Legal Positivism"), p. 69 ss., añade: «Les distinctions entre droit français et allemand sont tenues par des nuances, et face à la grandeur des valeurs communes exprimées par la WLT, aussi bien la common law que la civil law ne dévient que des variantes locales de la même tradition, plus ou moins perfectionnées, selon l'idéologie ou les préférences des auteurs. Quant au droit des États-Unis, ayant reçu la common law anglaise, les valeurs des lumières françaises, des suggestions bien sélectionnées de la théorie allemande, et ayant développé un système judiciaire sans équivalent, il est bien suggéré qu'il mérite la place d'honneur». (Véase Mattei, U. *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*. En: *Am. journ. comp. law*, n. 42, 1994, p. 195.) En perspectiva cognitiva v. Winter, S. *A Cleaning in the Forest: Law, Life, and Mind*. Chicago: Chicago U.P., 2001.

forma secuenciada se pierde, por tanto, la oportunidad de racionalizar la experiencia.²⁸

El arcoíris es un buen ejemplo de clasificación (recogido de la verificación empírica): ni mucho ni demasiado poco, incluso si algún color se difumina en otro. De aquí la posibilidad de subclasificar los verdes, amarillos, rojos... Todo esto da buena muestra de la subjetividad de las clasificaciones y de la exigencia de moderar su rigor, especialmente, en las ciencias humanas, como el derecho.

Un buen método consiste en reagrupar, inductivamente, objetos pertenecientes a un conjunto en subconjuntos homogéneos determinados por algunas de sus propiedades. El objetivo es maximizar su semejanza, enfatizando, al mismo tiempo, la diversidad respecto de otras clases. Las clasificaciones así producidas se denominan “extensionales.”²⁹ Las ventajas de las clasificaciones extensionales consisten en que las clases son más fieles a la realidad empíricamente observable, contienen un elevado número de informaciones y presentan menores riesgos de exclusión arbitraria, en cuanto los confines entre las respectivas clases no son rígidos.³⁰ Se trata de aplicar una lógica clasificatoria *fuzzy*.

La *fuzzy sets theory*, planteada por el matemático Zadeh en el año 1965, se basa en clases con contornos vagos y en la idea de que los objetos pertenecen a las clases solo en cierta medida, matizando el resultado dicotómico perseguido por las teorías clásicas: usar estas persiguiendo la precisión puede llevar a perder de vista el verdadero significado. «Los conjuntos *fuzzy* –recuerda S. Baldin³¹– conciben la colocación incierta –desarrollando el paradigma de la pertenencia mediante la noción del ‘grado de pertenencia’– dónde el tradicional

²⁸ El efecto que consigue a este exceso de detalles se extiende del material jurídico al intérprete, como lo afirma Bognetti, G. en dos ensayos (que fueron voces enciclopédicas) titulados: *Federalismo*. Torino: Utet, 2009: es decir, el comparatista se transforma en «entomólogo que padece pedantería».

²⁹ Cfr. Marradi, A. Classificazioni, tipologie, tassonomie. En: *Enc. sc. soc.*, II. Roma: Istituto Enc. italiana, 1992. p. 22 ss.

³⁰ Needham, R. Polythetic Classification: Convergence and Consequences. En: *Man*, n. 3, 1975. p. 358; Brennan, T. Classification: An Overview of Selected Methodological Issues. En: *Crime and Justice. A Review of Research*, n. 9, 1987. p. 216.

³¹ Baldin, S. Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà. En: *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2011. p. 3 ss.

estudio de los conjuntos establece, en cambio, un umbral exacto que determina si un objeto puede o no pertenecer a una clase». ³²

Justamente porque gran parte de los ordenamientos utilizan más modalidades para controlar las leyes (desde el punto de vista estructural, de la forma, de los efectos, de los sujetos que activan el control, etc.), parece conveniente operar, usando más clasificaciones, basadas sobre elementos determinantes diversos. Esto finalmente permite confirmar que si en algún extraño caso el “tipo” es (o ha sido) único y homogéneo, en casi todos los lugares, por el contrario, lo que existe es la coexistencia de controles concretos y abstractos, previos y sucesivos, con eficacia inmediata o diferida, declarativa o constitutiva, sobre la ley, sobre las libertades o competencias, y así sucesivamente con las variables consideradas anteriormente. ³³

Es necesario pasar de los modelos a los sistemas, organizando las clasificaciones no por *sets* unitarios y cerrados, sino plurales y abiertos. Según el elemento que tomemos en consideración, algún sistema (es decir, el conjunto de reglas, prácticas, actitudes que caracterizan a cada ordenamiento en materia de justicia constitucional) podrá ser colocado en una línea abstracta graduada. Su posición dependerá del mayor grado de pertenencia a la característica que caso por caso se tome en consideración: con tendencia más política o más jurisdiccional, más concentrada o más difusa, más o menos accesible, etc., según la que resulte más importante para entender la multiforme realidad de cada ordenamiento.

Desde el punto de vista teórico, esto no representa un obstáculo: como el mismo ordenamiento, observado desde diversos puntos de vista, puede ser colocado en las distintas clases de los ordenamientos federales, de los republicanos, de los parlamentarios, o solo en uno o dos

³² Y cita, refiriendo a Sangalli, A. *L'importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*. Torino: Bollati Boringhieri, 2000. p. 23, el concepto de personas ancianas. A los cinco años una persona con seguridad no es anciana (y su grado de pertenencia al conjunto será 0), mientras que a los noventa y cinco se puede considerar, con toda certeza, anciana (y tendrá un grado de pertenencia 1). Entre los cinco y los noventa y cinco años existe una zona gris, representada numéricamente por los grados de pertenencia mayores a 0 e inferiores que uno, que crecen en función del avance de la edad.

³³ Subrayan que las clases son dúctiles Hamon, F.; Troper, M. *Droit constitutionnel*. 29ª ed. Paris: LGDJ, 2005. p. 66 ss.

de ellos (para ser considerado, por ejemplo, federal pero monárquico y parlamentario, o centralista pero republicano y presidencialista, y así sucesivamente), de esta forma el análisis de la justicia constitucional puede traducirse en múltiples propuestas de clasificación.

En su momento, Cappelletti, de alguna manera, ha anticipado la idea desarrollada por Constantinesco de reagrupar las familias jurídicas.³⁴ Estas estarían caracterizadas por la coincidencia de elementos esenciales (ideología, sistema de fuentes, economía, el papel del derecho, el papel de la política, etc.). La falta (o la pérdida) de alguno de estos elementos hace que se debilite la pertenencia a una clase, tal y como ha demostrado hoy la experiencia china, donde la disociación entre economía (liberista) y política (no liberal) distancia el ordenamiento de la forma de Estado socialista tradicional. Cappelletti asociaba tres dicotomías (además de aquella político/jurisdiccional): concentrada/difusa; sobre incidente o sobre recurso (o si se prefiere abstracto/concreto); de índole declarativa/constitutiva de las sentencias. Pero si las cosas pudieran ser así en un mundo ideal, no son así en el mundo real —aquel de los ordenamientos vigentes—.

Abandonar este enfoque no implica traicionar el propósito de la ciencia, es decir, racionalizar y simplificar a través de los modelos la realidad, para permitir su comprensión, sino solo utilizar esquemas que permitan verificar cada sistema; tampoco implica renunciar a la construcción de clases y modelos. El punto —ya señalado por Tusseau— es que estos deben tener una base empírica. Si bien, pagando el precio de una menor simplificación, mejor entonces partir de los sistemas, organizándolos en clases distintas según —con base a elecciones discrecionales, pero sensatas y presumiblemente útiles— se considere significativo uno u otro elemento.

Algunos son los clásicos, aunque a veces les he utilizado desde una perspectiva diferente a la tradicional: el contexto estructural en el cual operan las cortes y los tribunales constitucionales; las modalidades de

³⁴ La teoría se explica en Constantinesco, L.-J. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*. Köln: Carl Heymanns, 1971, trad. esp. *Introducción al Derecho comparado*. En: *Tratado de Derecho comparado*, I. Madrid: Tecnos, 1981, trad. it. *Introduzione al diritto comparato* (a cura di Procida Mirabelli di Lauro, A.; Favale, R.). Torino: Giappichelli, 1996. p. 223 ss.

acceso a las cortes; las funciones realizadas; los efectos de las sentencias, en relación con los otros poderes del Estado; la calidad de los sujetos involucrados; los bienes tutelados. Sin embargo, otros elementos son ignorados por la mayoría de los académicos que se ocupan del tema o suelen mantenerlos al margen. En sentido contrario, para mí son determinantes.

Son, en particular, la amplitud del parámetro de control y del objeto del juicio de constitucionalidad, que pueden aparecer como verdaderos y propios factores de transformación o incluso de subversión de los sistemas: señales de tendencia evolutiva destinadas a dejar huellas profundas en el sistema, factores característicos del núcleo duro de cada modelo.

4. LA CLASIFICACIÓN CON BASE A LA NATURALEZA POLÍTICA O JURISDICCIONAL DEL CONTROL

La clasificación de las familias políticas propuestas por U. Mattei, ancladas al papel prevalente de la tradición, de la política o del derecho, encuentra su reflejo también en la catalogación de los sistemas de justicia constitucional.³⁵

El modelo que se ha afirmado donde prevalece el Estado constitucional de derecho (que, a grandes rasgos, coincide con la idea y el área de la familia del “*rule of professional law*”) es aquel del control “jurisdiccional”. Allí donde este ha prevalecido no se ha perdido del todo el control político, ejercitado en las formas analizadas. Y viceversa, donde es prevalente el *political law*, también la justicia constitucional, donde existe, sufre la más fuerte contaminación con la política. (Al *traditional law* es más difícil aplicar este paralelismo, aunque si ordenamientos a ello adscritos –por ej. el británico y aquellos tribales– comparten, aunque sea por razones muy distintas, la lejanía del concepto mismo de control de la ley).

³⁵ Mattei, U. Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici. En: AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, I. Milano: Giuffrè, 1994. p. 775 ss. y espec. 782. En una sucesiva contribución en inglés, el juicio de prevalencia ha sido traducido con “*impression of hegemony*”: ID., Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, in *Am. journ. comp. law*, n. 45, 1997. p. 21.

La clasificación de los sistemas de justicia constitucional con base al elemento indicado difícilmente puede ofrecer resultados apaciguados si queda anclada a esquemas con dicotomía. Mientras se pueda pensar en modelos políticos y modelos jurisdiccionales, no será fácil encontrar, excepto casos limitados, ordenamientos que agoten el control de las leyes *solo* en remedios procesales, o solo en remedios políticos (también si este segundo suceso es más frecuente).

Por otra parte, el grado de “jurisdiccionalidad” puede cambiar en ocasiones y ser más o menos intenso, según múltiples variables. Las principales son las siguientes: la primera está representada por la posición *súper parte* del juez; la segunda, por la naturaleza contenciosa del proceso constitucional y por la existencia de una controversia concreta; la tercera, por la existencia de un impulso de parte; se dan entonces una serie de elementos: la fase en la que se desarrolla el control y la índole represiva o de mero “parecer”, incluso en ocasiones vinculante, de los pronunciamientos; la naturaleza general o circunscrita de las decisiones; la intensidad de los vínculos lingüísticos de las disposiciones tomadas como parámetro y objeto de la sentencia; la generalidad de las acciones; la fuerza más o menos obligatoria de tradición de “fidelidad constitucional” (*deference*) respecto de la política; en definitiva, la esfera de la discrecionalidad del juez constitucional respecto de los actores de la jurisdicción ordinaria.³⁶

La percepción de la tasa de politicidad o de jurisdiccionalidad de cada uno de los sistemas es una variable de tantas variables. Por ejemplo, el sistema francés ha sido durante mucho tiempo percibido (y definido) como “político”, por estar caracterizado por un procedimiento abstracto y preventivo (en ausencia de controversias concretas), y ejercitado ante un órgano con garantía de independencia menos intensa que la que caracteriza a los jueces ordinarios. El mismo estilo de las decisiones (no “sentencias”) suportaba esta postura,

³⁶ Por ejemplo, no ponen en duda el papel político de la Corte Suprema estadounidense Halpern, G.; Lamb, C. (Eds.), *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982. A la *deference*, o mejor, a la falta de una tradición cultural en el plantear incidentes de constitucionalidad se conecta en Hungría el escaso uso que los jueces ordinarios hacen de la cuestión prejudicial: Cfr. Kelemen, K. L'accesso individuale indiretto alla Corte costituzionale ungherese. En: *Dir. pubbl. cost. eur.*, n. 1, 2014. p. 435.

como el mismo nombre del órgano (no “corte” o “tribunal”, sino “consejo”, que evoca la idea de un órgano que ofrece su parecer, pero no “sentencias”). Algunas de estas variables se mantienen: queda, sobre todo, la que se encuentra ligada a la extracción de los jueces, a su criterio de nombramiento; queda, en buena parte, el control preventivo, ahora flanqueado por aquel sucesivo/represivo, anclado a casos concretos. No menos importante es que la doctrina y el mismo *Conseil*, especialmente, durante la Presidencia Badinter, ha pasado porque al *Conseil constitutionnel* y a su actividad le ha sido reconocida la patente de “jurisdiccionalidad.”³⁷ ¿Dónde ubicar, entonces, el actual sistema francés de control de constitucionalidad?

El francés es un ejemplo que demuestra, también desde una perspectiva diacrónica, la parcial transformación de un sistema; permanece un elemento estructural típico del modelo político, o incluso aquel relacionado a la extracción (no necesariamente jurídica) de los magistrados; permanece un rito previo, todavía importante; pero junto a ese se han afianzado formas de control concreto y sucesivo; ha cambiado el estilo de las decisiones; y existe una diferencia respecto del poder político, etc.

En otros ordenamientos se encuentran, en determinadas ocasiones, la prevalencia de la política o de la jurisdicción, en razón de los mecanismos utilizados con mayor frecuencia y eficacia, que presentan las características recurrentes en el uno y en el otro. Aunque donde el control de constitucionalidad sea pacíficamente jurisdiccional, las formas de control político pueden sumarse en modo más o menos intenso. Es el caso, por ejemplo, de algunas “áreas incontrolables”, porque son consideradas *political question*, que son sustraídas del control jurisdiccional, y asignadas al control político. Esto salva la pureza del control jurisdiccional como modelo vigente en aquel sistema, pero no hace del sistema global de justicia constitucional de un ordenamiento jurídico un sistema exclusivamente jurisdiccional.³⁸

³⁷ Cfr. Tusseau, G. *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*. Op. Cit., p. 92 ss.

³⁸ A parte de la doctrina estadounidense v. por ej., sobre Brasil, Silva Ribeiro, M.L. Doctrina das questões políticas e jurisdição constitucional: análise da actuação do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria discursiva do direito e da democracia. En: *Rev. inform. legisl.*, n. 173, 2007. p. 209

Es también el caso del control sobre los requisitos de necesidad y urgencia de los decretos-leyes italianos que, por mucho tiempo, han estado sustraídos del control de la jurisdicción constitucional ordinaria y han sido asignados en exclusiva a órganos políticos llamados a decidir sobre la constitucionalidad con criterios políticos.

Todo ello no se traduce en un nihilismo cognitivo que impida clasificar los sistemas de justicia constitucional desde la perspectiva en examen, a condición de no trazar líneas de demarcación netas, ni en los modelos (jurisdiccional/político), ni mucho menos en los sistemas. En los modelos, porque la naturaleza jurisdiccional o política del control no depende de una única característica, sino de muchas (aquellas anteriormente indicadas); dentro de los sistemas, aún menos, porque en prevalencia conviven más modelos y más ritos.

En prevalencia, no siempre. En un extremo de una línea guía en la que se coloca la experiencia en clases dúctiles, en efecto, se pueden posicionar todos los ordenamientos que rechazan el control de constitucionalidad jurisdiccional, así caracterizado. En ellos existe la preeminencia absoluta de la política. Es cuanto sucede mayormente en la forma de Estado socialista que, en nombre de la unidad del poder estatal, se rechaza que la jurisdicción constitucional pueda prevalecer sobre la voluntad del pueblo, encarnada en los órganos a través de los cuales se expresan. Por diversos motivos, también el Reino Unido se sitúa en esta postura: es el Parlamento quien prevalece, así lo marca la tradición. Así ocurre también en Irán, donde es la composición del órgano –El Consejo de Guardianes– y el parámetro (la *shari'a*), por no mencionar el complejo contexto ajeno al Estado de derecho.

Un poco más allá se sitúan los ordenamientos socialistas que, en parte, “externalizan” el control, manteniendo en el poder político, a través del partido único, el control del órgano; el cual, a su vez, opera con base a ritos, con objetivos, con parámetros que nada tienen que ver con la jurisdicción en sentido estricto.

ss.; sobre Argentina, Haro, R. El proceso de acrecentamiento de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en la revisión judicial de las “cuestiones políticas”. Cuatro materias paradigmáticas. En: AA.VV., *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, 3 voll. Madrid: Universitas, 2012. p. 1057 ss.

Al otro extremo de la línea guía debemos colocar los sistemas que operan solo con la modalidad jurisdiccional, quedando excluida la estructura y procedimientos políticos. El modelo es solo ideal. Los Estados Unidos representan el ejemplo más puro, pero no es puro del todo, al menos por dos razones: la posibilidad (aunque recesiva en la experiencia empírica desde 900) de utilizar el veto presidencial por razones de constitucionalidad³⁹ y la existencia de áreas no justiciables, marcadas por la doctrina de las *political questions*.

Canadá ya aparece como sistema menos puro, como igualmente sucede con Australia, porque, al contrario de los Estados Unidos, allí se han previsto también formas consultivas de control de constitucionalidad, también ejercitadas por órganos independientes y su solicitud de parte: la actividad consultiva es diferente de la jurisdiccional y la neutralidad del órgano llamado a ejercerla (el mismo que opera en sede contenciosa) no basta para la caracterizar las *advisory opinions* como actividad jurisdiccional.⁴⁰

En el medio de la línea guía ideal se encuentran otros infinitos casos, en su mayoría, tendientes hacia la vertiente “jurisdiccional” que ha prevalecido sobre la idea de control político, patrocinada por Carl Schmitt.⁴¹

Resulta, por lo tanto, necesario graduar los modelos siguiendo las características arriba señaladas.

No solo la concurrencia, con las cortes o tribunales, de otros sujetos a la función de control de las leyes inducen a graduar la “politicidad” o la “jurisdiccionalidad” de un sistema de justicia constitucional, sino que influyen sobre la naturaleza del órgano también el grueso

³⁹ Vid. Buratti, A. *Veti presidenziali, Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*. Roma: Carocci, 2012. pp. 54 ss., 85 ss.

⁴⁰ Vid. Muskrat vs United States, 219 US 346. Sobre la función consultiva de las Cortes, Gobbo, M. *La funzione consultiva delle Corti costituzionali negli ordinamenti anglosassoni – The Advisory Role of the Courts in Anglo-American Legal System*. Bologna: Clueb, 2004.

⁴¹ Sobre la concepción del jefe de Estado como defensor de la Constitución, Schmitt, C. *Der Hüter der Verfassung* (1931), rist. Berlin: Dunker & Umblot, 1969, trad. it. *Il custode della costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981. El control político asume varias facetas: además que al jefe del Estado, puede ser atribuido a órganos internos, al Parlamento, a órganos dependientes o derivados de este, y al mismo Gobierno. Para ver varias hipótesis ampliamente documentadas remito a mi libro *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Torino: Giappichelli, 2014, parte I, cap. I, § 2.

de funciones ejercitadas, diferentes del control de constitucionalidad. Donde el órgano no ejercita solo la actividad típica, pero se le atribuyen funciones políticas –control sobre los partidos, sobre las elecciones, etc.– y de hecho la desempeña, existe una prevalencia de su perfil político, o cuanto menos caen en la sombra las funciones jurisdiccionales (como en el caso francés, antes mencionado, al menos en un período inicial).

Sobre todo, el elemento estructural resulta importante. Si el juez es poco independiente frente al poder político, aun juzgando según los procesos y con el lenguaje de la jurisdicción, con instrumentos llamados sentencias, quizás definitivas y no recurribles, sobre el impulso de parte, puede que el control sea jurisdiccional, pero resultará un poco más “político” que donde la corte o tribunal son formadas por la modalidad de la elección y nombramiento, y sobre las reglas de la preparación profesional, con mayor garantía de independencia. Por tanto, entre los sistemas europeos, Alemania, Austria, Italia pueden ser clasificadas en clases más o menos coincidentes a las de Hungría, Polonia, Rusia, Corea y Portugal, pero no del todo, porque allí (como en otros ordenamientos) es más inmediata la derivación a los órganos políticos (Parlamento y/o presidente de la República).

La cuestión de que algunas cortes manifiesten, de hecho, una fuerte *deference* al poder político no afecta a la naturaleza jurisdiccional del control ejercitado.⁴² Incluso en este caso aflora una conexión con la política. El hecho de que, como en Japón o el norte de Europa, las sentencias de inconstitucionalidad se contaran con los dedos de la mano en más de medio siglo, es índice de sujeción a las decisiones del Parlamento, y que por razones muy variadas la jurisdicción deja el campo libre a la política. El control ejercitado por los respectivos sistemas permanece jurisdiccional, pero aparece menos pleno que en los Estados Unidos, en Canadá o algunos países europeos.

⁴² V. Bruno, A.S. *Constitutional fidelity. Saggio comparativo su una “figurazione” statunitense*. Torino: Giappichelli, 2011, y de la misma autora la voz *deference* (fidelidad constitucional). En: Pegoraro, L. (Ed.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, trad. esp. al cuidado de Ferrer Mac-Gregor, E.; Nuñez, M.; Astudillo, C.; Enríquez Fuentes, G.; Torres Estrada, P. México: Porrúa, 2012. p. 74.

También la extracción de los jueces contribuye a la medición del grado de politicidad de un sistema: donde de *iure* (Italia y gran parte de los ordenamientos) o de *facto* (EE.UU.) estos deben ser juristas (provenientes del foro, de la universidad, del aparato administrativo), la naturaleza jurisprudencial del sistema es o se hace *más* marcada de donde estos son de proveniencia en todo o en parte de la política (Bélgica, Francia por los expresidentes de la República).

Todos los factores evocados pueden ser evaluados separadamente como también combinarse entre ellos para medir el grado de pertenencia mayor o menor de un sistema a las clases de la jurisdiccionalidad o de la politicidad. Los límites en ocasiones son nítidos, pero a menudo existe una superposición e incertidumbre. Esto es, a grandes rasgos, lo que sucede cuando se fijan estándares para evaluar el grado de democracia de un país⁴³ o, más en general, con los colores del arcoíris, los cuales se perciben bien en el núcleo central, pero se pierde la delimitación en el contorno, mezclándose los unos con los otros.

5. LA CLASIFICACIÓN CON BASE A LA ESTRUCTURA

En relación con la estructura, la clasificación tradicional pone el acento sobre la clásica dicotomía entre control difuso y control concentrado. Es evidente, en todo caso, una fuerte inclinación entorno a la concentración del control. Se puede sostener no solo que casi todos los sistemas nacen concentrados (con parciales excepciones para América Latina y otros pocos casos), sino también que donde la difusión ha existido, esta viene ahora absorbida por las cortes supremas o por sus sesiones o salas especializadas.

La gran división no puede ser del todo abandonada, entre otras cuestiones, porque en los ordenamientos que tradicionalmente han estado adscritos a la clase de sistemas difusos, otros sujetos concurren mucho más intensamente que estos con el órgano más alto de la

⁴³ Véase Cassese, S. Global standards for national democracies? En: *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2011. p. 701 ss. Cfr. asimismo Pegoraro, L. Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo. En: AA.Vv., *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*. En: *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014. p. 249 ss., y en *Rev. latino-am. do est. const.*, n. 16, 2014.

pirámide para administrar la justicia constitucional. Pero esta tiene que ser reconducida dentro de las clasificaciones dúctiles.

El rechazo de una ruptura neta entre el modelo concentrado y el modelo difuso –más bien, entre sistemas concentrados y sistemas difusos– comporta primeramente que a los sistemas clásicamente denominados “continentales”, “austriacos”, “kelsenianos”, “concentrados” y así sucesivamente se contraponen no solo el estadounidense y sus derivados (canadiense, australiano y, en general, los de *common law*), sino también: a) aquellos dotados de un juez *ad hoc*, en los cuales, a través del incidente de constitucionalidad, los jueces ordinarios están en gran medida interesados en el control (Alemania, Italia, España, este de Europa, etc.); b) los mixtos, en los que en alguna medida funciona un tribunal constitucional con competencias específicas o una sala especializada del tribunal supremo, o donde también una corte suprema puede ejercitar el control con ciertos efectos, y, sin embargo, los jueces ordinarios están habilitados para inaplicar las leyes inconstitucionales: este es el caso de Portugal, Grecia, los países bálticos y del norte de Europa, Rusia y de otros ordenamientos de la antigua URSS o de muchos Estados de Latinoamérica.

En relación al contexto estructural en el que se insertan los órganos de la justicia constitucional, los tribunales pueden ocupar una posición casi exclusivamente o *prevalentemente* de monopolio (sistemas unitarios) o *prevalentemente* concurrente con otros sujetos (sistemas plurales).

La clasificación puede anclarse también en otros elementos, diversos de la división entre jueces (ordinarios y/o *ad hoc*) de la función de justicia constitucional: por ejemplo, en la presencia dentro de un mismo ordenamiento de más de un nivel de justicia constitucional. En los ordenamientos federales, en particular, el sistema de la federación se junta a aquel de los entes descentralizados, que aunque limitadamente sustraen parte de las competencias del nivel central. Esto es lo que sucede en los Estados Unidos, en Canadá, Australia, India, etc., pero también en Alemania, Austria, la Federación Rusa y en algunos ordenamientos de América Latina.

Combinando las diversas variables se puede distinguir entre sistemas unitarios (casi) integralmente concentrados (en los que un único tribunal ejerce todas las competencias propias de la justicia constitucional) como España, Italia, Bélgica, Francia, Rumania, etc.; sistemas plurales parcialmente concentrados, en los que cada uno de los niveles territoriales cuenta con un solo órgano habilitado para ejercer la justicia constitucional, aunque en el conjunto del ordenamiento convivan distintos tribunales constitucionales (Alemania, Austria); sistemas plurales parcialmente descentralizados, en los que la función está distribuida entre los jueces ordinarios y un tribunal supremo, pero no existe superposición de niveles (ordenamientos no federales del *common law*, Portugal, Grecia y otros), y sistemas plurales integralmente descentralizados (países del *common law* federales, como los EEUU, Rusia, algunos países federales de Latinoamérica como México, Brasil y Argentina, etc.).

Dentro de alguna de las clases coinciden algunos matices: por ejemplo, en Italia, Alemania y otros ordenamientos donde existe el control incidental, existe una concurrencia de los jueces ordinarios en la selección de los casos que se plantean respectivamente a la corte constitucional o al tribunal federal o aquellos de los *länder*. En el norte de Europa, en Japón y en México los jueces ordinarios de *hecho* no inaplican nunca, o casi nunca, la ley inconstitucional.

En una línea gradual de izquierda a derecha se podría colocar en el primer extremo alguna experiencia histórica de total concentración (Austria en los primeros años, Francia antes de la reforma del 2008 con la introducción de la *question prioritaire*), pero, difícilmente, se podría encontrar ejemplos de plena descentralización. El efecto visual es de un amontonamiento de los distintos sistemas en la zona de la izquierda de la línea.

6. LA CLASIFICACIÓN SEGÚN LAS FUNCIONES EJERCITADAS Y EL BIEN TUTELADO

El papel y la posición de la justicia constitucional en cada ordenamiento se perciben también desde el tipo de función ejercitada y de los bienes tutelados.

A este respecto cabe distinguir, como modelos ideales, entre sistemas monofuncionales y plurifuncionales. En relación con el núcleo originario de las funciones ejercitadas, algunos tribunales se han visto beneficiados por nuevas competencias, como por ejemplo, control de las elecciones y de los referéndum, valoración de la democracia de los partidos, intervención en el *impeachment*, actividad de asesoramiento, verificación de las condiciones de elegibilidad, parecer sobre la adopción de estados de emergencia, que en algunas circunstancias enfaticen el papel de forma mayor respecto a lo que pasa con la normal actividad de control de constitucionalidad de las leyes y de las competencias de los entes. También con este fin la partición no es nada nítida, atendiendo a la variedad de las soluciones escogidas. Seguramente, los sistemas plurifuncionales son una clase amplia (más bien, casi totalmente predominante), pero graduada que comprende, de hecho, sistemas donde la corte desempeña dos funciones principales (control sobre las leyes en sede contenciosa y la actividad de consulta, como en Canadá), así como donde junto al control de constitucionalidad de las leyes desempeña otras numerosas funciones (como en Alemania o en Francia o en algunos ordenamientos del este de Europa).⁴⁴ Parece quedar excluido, sin embargo, que la diferencia transcurra sobre la línea de la distinción entre las cortes supremas y las cortes especializadas. También a las primeras, de hecho, muy a menudo son asignadas competencias “ulteriores” exclusivas.

A grandes rasgos, a la primera categoría pertenecen muchas cortes de los ordenamientos de *common law* (entre otras: algunas latinoamericanas, y las cortes del norte de Europa), donde sus competencias han quedado sustancialmente reducidas a las tradicionales; la segunda, aquellas europeas clásicas (Alemania, Italia, España, además de Francia) y aquellas del este del Viejo Continente.

En cuanto al bien tutelado, donde está previsto el recurso individual directo, prevalece —aunque no de manera exclusiva— la actividad de defensa de los derechos; esta deriva, obviamente, de la solicitud causada

⁴⁴ Baldin, S. *Le “altre funzioni” delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell’Europa centro-orientale*. Trieste: Eut, 2000; Ferrari, G.F. *Le forme di controllo di costituzionalità “anomale”*. En: *Dir. pubbl. comp. eur.* 2000. p. 351 ss.

del número de recursos presentados por los ciudadanos y los otros sujetos titulares, que es siempre mucho más elevado. Sin embargo, la clasificación es susceptible de variables.

Sobre todo, también donde no hay recurso directo de los ciudadanos, las cortes se encargan de asegurar la tutela de las libertades, aunque solo sea contemplada alguna forma de control concreto. La tutela de las competencias, sin embargo, es recesiva por razones cuantitativas. Pero puede suceder que en determinada fase de la historia, una corte se encuentre con que tiene que enfrentar fuertes flujos de recursos para la tutela de las competencias, como ha sucedido en España e Italia en momentos caracterizados por un copioso contencioso entre el centro y la periferia (en Italia, después de la reforma del Título V de la Constitución).

La escala tiene, pues, su ápice en los sistemas de los ordenamientos latinoamericanos, muchos del este de Europa y de la antigua URSS, más abajo España, donde al tema de amparo se añade el de los conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas, aún más que en Italia (por las razones mencionadas) y Alemania (donde el conflicto entre los entes y los órganos no es intenso, y ni siquiera la *Verfassungsbeschwerde* es abusada, por si es más utilizado el control concreto); tiende hacia este extremo el sistema de los Estados Unidos, el de Israel, un poco menos el de Canadá, donde se presentan también casos de conflicto entre el centro y la periferia, y aquellos conectados a la *First Nation* (los nativos), y así sucesivamente, hasta el otro extremo, donde se sitúan, como en otras circunstancias, los prototipos de Francia y Austria.

7. LA CLASIFICACIÓN BASADA EN LA AMPLITUD DEL PARÁMETRO

La importancia del parámetro a fines clasificatorios encuentra su justificación tanto teórica como empírica.

Sobre la primera, la constatación de que con la progresiva externacionalización del parámetro —la “ley a la que estemos sujetos por obligaciones mayores”, la constitución, los tratados internacionales— ha desaparecido la justificación original que indujo a los artífices de los modelos más antiguos, los arquetipos, a justificar la prevalencia de la

higher law sobre la ley ordinaria. Es cierto que si Hamilton consideraba como suprema ley del país a la Constitución, la misma Constitución afirmará posteriormente en su art. VI, § 2, que también los tratados la representan; y también es sabido que Kelsen apoyó, sobre todo, en sus obras más tardías la superioridad del derecho internacional.⁴⁵ Los tratados, sin embargo, no se aprueban directamente, sino por sus representantes, al igual que las leyes. A diferencia de la Constitución, son aprobados bajo las distintas modalidades del poder constituido, por los representantes, y al igual que las leyes (u otras actas que lo incorporan en un ordenamiento) a menudo se someten al control de constitucionalidad. En algunos casos, la adhesión a los tratados internacionales que colisionan con la Constitución es admitida solo tras la modificación de la misma. Existe, entonces, una diferencia profunda entre las razones que justifican la superioridad de la Constitución (las que produce como consecuencia el control de constitucionalidad) respecto de aquellas que inducen a parametrizar los tratados.

En algunos países la constitución, no solo la ley, debe adecuarse a los tratados, como reconoce la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁶ Esta parece expresar —casi como si se tratase de un recurso histórico— la supremacía del iusnaturalismo expreso del derecho internacional, que reenvía a la primordial acepción de la “ley superior” como parámetro metafísico y no positivizado. Se requiere, entonces, distinguir los sistemas en los cuales los tratados están por debajo de la constitución, de aquellos donde están al mismo nivel y de aquellos en los cuales estos se encuentran sobre la constitución.⁴⁷

⁴⁵ Cfr. Con anterioridad *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard U.P., 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*. Milano: Etas-Kompass, 1966, espec. p. 332 ss.

⁴⁶ Para una reconstrucción y varios ejemplos v. Ferrer Mac-Gregor, E. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2013, spec. p. 647 ss. Por último Ragone, S. Las tres vertientes del impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el continente americano: itinerarios para investigaciones multidisciplinarias. En: Santolaya Machetti, P. (Eds.), *Treinta y cinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Madrid: Cepe, en imprenta.

⁴⁷ En la inmensa bibliografía sobre el control de convencionalidad v., entre las más recientes, Nogueira Alcalá H. (Ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2012; ID., *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2013; ID., *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus, 2014; Ferrer Mac-Gregor, E.; Herrera García, A. (Eds.). *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. México: Tirant Lo Blanch México, 2013.

Las razones empíricas son determinadas, no solo por la constatación de que van creciendo los ordenamientos que acogen la segunda o tercera de las soluciones indicadas, sino también por el hecho de que, donde el parlamento está limitado por la falta o carencia de disciplina de los derechos en el texto constitucional, el control de constitucionalidad se desarrolla de manera cuantitativa y cualitativamente diversa de donde sucede lo contrario.

En medida menos relevante, también la estructura de la llamada parte orgánica de la constitución puede influir sobre la colocación de un sistema más hacia un lado en las direcciones respectivas. En ocasiones existe una intensa constitucionalización del derecho parlamentario (Francia, Rumanía).⁴⁸ Algunos textos –por ejemplo, el de Grecia– dictan reglas minuciosas en lo que se refiere al sistema de formación del Gobierno, parametrizando prácticamente todo el proceso, una materia que, en otros sistemas, por lo general se encomienda a reglas no justiciables (acuerdos y convenciones parlamentarias). En este sentido, se toma en consideración también el elemento representado por la asunción de convenciones y costumbres constitucionales como parámetros: se trata de un proceso *in fieri*, cuyos primeros signos se ven en la jurisprudencia de algunos países como Canadá e Israel (actualmente también en Italia).⁴⁹

Se debe tomar en consideración también la inclusión en el parámetro de normas interpuestas: leyes orgánicas (en su totalidad o solo en su “espíritu”, como las ordenanzas orgánicas francesas); las leyes de delegación (Italia y España), reglamentos parlamentarios (hipótesis esta normalmente no contemplada en la realidad).⁵⁰

La misma jurisprudencia constitucional concurre finalmente a darle el alcance al parámetro, asignando un papel en tal sentido también a

⁴⁸ Pegoraro, L. *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della V^a Repubblica francese*. Padova: Cedam, 1983.

⁴⁹ Para Canadá un análisis de la jurisprudencia (con base a la cual, si bien la violación de convenciones no puede ser sancionada, las cortes pueden conocer del asunto), se encuentra en Frémont, J. *Le fonti del diritto costituzionale canadese*. En: Frémont, J.; Lajoie, A., et al. *L'ordinamento costituzionale del Canada*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 35 ss. Sobre Italia Razzano, G. *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano: Giuffrè, 2002.

⁵⁰ V. al respecto Pegoraro, L. *Le leggi organiche. Profili comparatistici*. Padova: Cedam, 1990, spec. p. 37 ss.

los principios y valores por ella individualizados, a pesar de la ausencia de expresiones explícitas en el texto.⁵¹

Por tanto, la línea debe ser llenada utilizando varios elementos. Un sistema basado sobre una constitución no solo larga, sino racionalizada, articulada, detallada en la parte orgánica, en la cual la corte constitucional o suprema utilice la costumbre, convenciones, principios y valores como parámetros de juicio, abandonando cada concepción *strict constructionist* y haciéndose levemente influenciado por la *deference*, presentará características diversas de otros desde el punto de vista en examen, incluso donde uno solo de estos elementos falta.⁵²

Desde esta perspectiva, los sistemas pueden subdividirse –teniendo en cuenta los distintos grados– en limitados y amplios (de “parámetro limitado” y de “parámetro amplio”). En los primeros, los tribunales toman como parámetro solamente la constitución o incluso parte de ella (como sucedía en Bélgica hasta la reforma de 2003, en Francia hasta 1971, en los EEUU hasta la introducción de los *Civil War Amendments*, en Canadá hasta la adopción de la *Charter*); en los segundos, junto a la constitución forman parte del bloque de constitucionalidad (además de las leyes orgánicas, en algunos casos, y de otras fuentes) también los tratados internacionales y los convenios sobre derechos (como sucede, por ejemplo, en varios países latinoamericanos o pertenecientes al antiguo Pacto de Varsovia) o, en Europa, las normas internacionales que regulan la estructura y la actividad de la Unión.

Una vez más las clases son dúctiles, con amplios elementos de superposición, pero también con sectores compartidos.

8. LA CLASIFICACIÓN SEGÚN EL OBJETO

Los distintos sistemas de justicia constitucional generalmente contemplan mecanismos para extender el control más allá de la ley.

⁵¹ Lajoie, A. *Jugements de valeurs*. Paris: PUF, 1997.

⁵² Pegoraro, L. La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee. En: *Dir. soc.*, n. 1, 1994. p. 21 ss., y en *Scritti per U. Scarpelli*. Milano: Giuffrè, 1997.

Los actos sub legislativos están sujetos al control de constitucionalidad en cualquier sistema donde exista un recurso directo por la lesión de los derechos garantizados por la constitución; así ocurre, de forma general, en la familia de *common law*, pero también en *civil law* el juez administrativo puede anular un reglamento que resulte contrario a la constitución, y el juez ordinario puede inaplicarlo. En sede de regulación de las competencias de órganos y entes, además, las cortes constitucionales pueden conocer (y si se da el caso, declarar la inconstitucionalidad) de actos administrativos cuyo contenido resulte una violación de las respectivas atribuciones.

Por encima y/o al lado de la ley son controlables normas interpuestas como las leyes orgánicas o reforzadas (siempre con relación al procedimiento de adopción, y casi siempre con referencia al contenido sustancial), y las leyes de delegación. Los tratados, aunque a menudo parametrizados (Estados Unidos, América Latina, Rumanía, Moldavia), en muchos casos son sometidos a control de constitucionalidad, no solo en cuanto a lo que se refiere a los eventuales vicios de la ley de ratifica, sino también, incluso, a los relacionados con cuestiones sustanciales (Francia, Alemania), o al menos aquellos que inciden sobre el núcleo esencial de la constitución (Italia).

Los reglamentos parlamentarios no sometidos al control en algunos ordenamientos (como Italia), en otros pueden ser sometidos, ora eventualmente, ora obligatoriamente (Francia, Rumanía).⁵³

Junto a la constitución (también un poco por debajo) algunos ordenamientos admiten, incluso, el control de las mismas leyes de revisión constitucional. Cuando esto sucede, cambia la misma naturaleza del control de constitucionalidad respecto de su finalidad originaria, provocando una eversión de las clásicas teorías sobre el control de constitucionalidad. En las últimas décadas, cortes y tribunales constitucionales asumen como objeto de control las mismas

⁵³ Un análisis comparativo, aunque se remonte en el tiempo, en Cicconetti, S.M. *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato (Stati Uniti, Germania federale, Italia*. Padova: Cedam, 1979; más recientemente, en Floridia, G.G. *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1986.

leyes de revisión constitucional.⁵⁴ Si los jueces de las leyes están acostumbrados a criticar en la forma y/o en el mismo contenido la revisión constitucional, como ocurre en muchos ordenamientos, o por expresa disposición de la constitución, o como consecuencia de las decisiones jurisprudenciales, evidentemente hay una deformación de la idea misma de control: desde el control sobre los abusos de la mayoría, en nombre de la supremacía constitucional, se convierte en el control del poder constituyente sobre el poder constituido, en todas sus manifestaciones. Se desplaza a otro lugar, entonces, la pregunta inicial puesta por Hamilton, por la filosofía política francesa y luego por Schmitt y por Kelsen: la pregunta hoy no es (solo) «¿quién controla la ley?» o «¿qué legitimación tienen los jueces para anular los actos del pueblo soberano, decisiones de la mayoría de sus representantes?» (Cuestión que ni siquiera en algunos ordenamientos latinoamericanos teñidos de populismo y socavados por una tradición caudillista nadie hoy hace), sino más bien «¿puede el mismo pueblo soberano, incluso con los procedimientos establecidos por el pacto constituyente, modificar el mismo en *su núcleo duro*?» y, en consecuencia, «¿quién es el custodio de tal pacto?».

⁵⁴ Sobre este punto, Ragone, S. *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*. Bologna: BUP, 2011, trad. esp. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*. México: Porrúa, 2012; sobre la importancia que tiene este control (siempre más frecuente) sobre la revisión constitucional Cfr. Gözler, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008; Góngora Pimentel, D. El control de la reforma constitucional. En: Vega Gómez, J; Corzo Sosa, E. (Eds.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002. p. 239 ss. (con particular referencia al contexto iberoamericano); AA.Vv., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Bogotá: Fac. Ciencias Jur. de la Pontificia Un. Javeriana, 2005; Ramírez Cleves, G.A. *Limites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Un. Externado de Colombia, 2005; Zúñiga Urbina, F. Control de constitucionalidad de la reforma constitucional. En: *Est. const.*, 2006. p. 429 ss.; García Belaunde, D. Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana). En: *Rev. der. pol.*, n. 66, 2006. p. 477 ss.; Flores, I.B. Sobre la (in)constitucionalidad de “reformas constitucionales”: a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca. En: *Cuest. Const.*, n. 17, 2007. p. 259 ss. Si se quiere, Pegoraro, L. Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución. En: *Pensamiento const.*, n. 6, 1999. p. 221 ss., en *Rev. Cortes Gen.*, n. 47, 1999. p. 7 ss., y en ID., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*. México: Porrúa, 2006. p. 209 ss. Finalmente, varios contenidos del cap. VII (Temas de reforma constitucional”) del t. II di Häberle, P.; García Belaunde, D. (Eds.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, 2 voll. México: UNAM, 2011. p. 383 ss. y lide-Un. Inca Garcilaso de la Vega-Iustitia, Lima, 2012 (con contribución de Zúñiga Urbina, F.; Ferreyra, R.G.; Nogueira Alcalá, H.; Salazar Ugarte, P.; Hernández Valle, R.; Haro García, J.V.; Haro, R.), y en el libro de Torres Estrada, P.R.; Núñez Torres, M.G. (Eds.), *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*. México: Porrúa, 2010.

En definitiva, se debilita la misma idea de Sieyès sobre la distinción entre los dos diversos poderes, si la imparable expansión del objeto del control no mira a poner las leyes y otros actos al imperio de la constitución, sino a someter a control el mismo poder de revisión, por parte de un órgano del poder constituido.⁵⁵

Ulteriores factores que pueden concurrir a una clasificación son aquellos representados por la obligatoriedad, o no, del control sobre determinados actos. Existen algunos actos objeto de control solo eventual, y actos que pueden escapar al control de las cortes: es el caso de los reglamentos parlamentarios y de las leyes orgánicas en Francia y Rumanía, y de los tratados en algunos países del este de Europa, como Bulgaria, Eslovenia, Ucrania, Polonia, Rumanía y otros como Venezuela. Todo ello contribuye a diferenciar también cuantitativamente el abanico de los actos sometidos a juicio de constitucionalidad.⁵⁶

Con base al elemento objetivo, los sistemas de justicia constitucionales pueden ser colocados en una línea ideal según sean más o menos integrales (rectas, “con objeto integral”) cuando las cortes pueden conocer sobre la ilegitimidad de las leyes, de los actos administrativos, de actos políticos, de fuentes intermedias entre la constitución y las leyes, de tratados, y de las propias leyes de revisión, o pueden ser

⁵⁵ De la aceptación de la teoría sustancial de la constitución –como la de C. Schmitt, que la concibe como un todo orgánico de valores éticos y políticos (Schmitt, C. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 109 ss.)– o de teorías formalistas y normativistas de la misma (por todos, Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi, 1966, p. 251 ss.) dependen importantes consecuencias en lo referido a la relación entre poder constituyente y poder de revisión y, en definitiva, los límites a los que estaría sometido este último. Simplificando: quien acoge a la primera tesis, luego de haber decidido qué forma parte del “espíritu” de la constitución, considerará ejercicio de poder constituyente –y por tanto *extra ordinem*– todas las modificaciones que entrañan tal “espíritu”; quien parte de la visión antiética, no haciéndose condicionar por lo que resulta difícilmente medible (qué cosa es “espíritu” y qué cosa no lo es), considerará ilegal la revisión hecha, contraviniendo el procedimiento previsto.

Las visiones opuestas sobre los límites al poder constituyente tienen raíces antiguas, y se juntan al debate surgido en el ’700 en Europa, sobre todo, por Condorcet, y en América por Jefferson y Paine, sobre el (denegado) derecho de una generación a vincular a la sucesiva, «de los muertos de vincular a los vivos». Entre los libros más intensos sobre esta materia, v. Klein, C. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: PUF, 1996, espec. p. 141 ss.

⁵⁶ Desde otro punto de vista –el temporal– pueden ser más o menos objeto de control las normas preconstitucionales. Normalmente, lo son, si no desde un punto de vista de su formación, desde el sustancial. V. a propósito, el análisis comparado de Orozco Solano, V. *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*. México: Ead-Ubijus, 2012.

parciales (rectas, “con objeto parcial”, con control solo sobre las leyes, con procedimientos diversos, actos administrativos). En un extremo de esta línea ideal se colocan, por ejemplo, en virtud de expresas disposiciones constitucionales que contemplan también el control sobre las leyes de revisión, Chile, Bolivia, Moldavia, Colombia, Panamá, Sudáfrica y algún otro; y en consecuencia de su misma jurisprudencia constitucional, Italia. En otro extremo de la línea, los ordenamientos donde el control está circunscrito a las leyes (y en distinta medida los actos administrativos), el poder de revisión aparece más libre y las leyes que modifican la constitución están menos sujetas a vínculos formales o sustanciales.

9. LA CLASIFICACIÓN EN REFERENCIA A LOS SUJETOS Y A LA MODALIDAD DE ACCESO

La clasificación realizada con base a los sujetos y a las modalidades de acceso a las cortes, se relaciona a otras que se refieren a factores contiguos, como la naturaleza previa o sucesiva, concreta o abstracta del control, o su vertiente prevalentemente concentrada o difusa. Un procedimiento de acceso concreto, anclado a los casos jurisdiccionales, amplía la gama de las ocasiones para controlar una ley.

El nombre –recurso, incidente, cuestión o excepción– no tiene importancia estratégica, tratándose de una variable que depende (además de la traducción) de la configuración de cada sistema procesal: por ejemplo, en el art. 89 de la Constitución de Georgia se utiliza indistintamente la expresión “recurso” e “instancia”, se trate de órganos centrales del estado, de entes territoriales o jueces (“órganos del poder judicial”).

También esta clasificación, pensando en sistemas, y no en modelos, tiene un carácter relativo, en cuanto normalmente conviven más modalidades y, por tanto, se basan sobre criterios cuantitativos y de prevalencia. Más de un sistema diversifica y abre sus puertas de acceso, tanto más el papel del control de constitucionalidad resulte lleno y estratégico en el ordenamiento global, concurriendo a la definición de la forma de gobierno (si no de la misma forma de Estado), al equilibrio entre poderes y al desarrollo de las relaciones entre instituciones y sociedad, entre autoridad y libertad.

La clasificación en razón al tipo de acceso puede ser analizada también desde un punto de vista diacrónico. La tendencia es ampliar, no restringir el acceso: el arquetipo kelseniano proponía un acceso circunscrito, sobre el recurso de pocos órganos o entes, tal que anule el desarrollo del instituto, pero a tal riesgo se puso remedio con la reforma de 1929, y después con la de 1975 que contempla también los tribunales de segundo grado, con la reforma del 2012 que extiende el acceso a los tribunales administrativos de los *länder* y con la innovación destinada a operar a partir del 2015, que la abre a todos los jueces comunes.⁵⁷ Ahora emblemático es el caso francés, que ha resistido largamente manteniendo solo el recurso previo, aunque fuese con la posibilidad de la *saisine parlementaire* en el 1974, pero ha aceptado finalmente —anticipado de las excolonias— añadir al recurso la *question prioritaire*, alineándose en tal modo a la gran mayoría de los sistemas de justicia constitucional. Puede ser citado también el caso de Hungría que, después de la abolición de la acción popular con la Constitución de 2012, ha introducido tanto el recurso individual contra los actos individuales (incluidas las sentencias), como contra leyes y otros actos jurídicos, manteniendo también el acceso incidental, sobre la iniciativa del *Ombudsman*.⁵⁸

Casi todos prevén, sin *ab origine*, el doble mecanismo: recurso de entes y órganos, e incidentes, decididos directamente por los jueces (*common law*, Argentina y, en parte, América Latina), o bien trámite reenvío a un tribunal especializado o a la corte suprema (Alemania, Italia, España, este de Europa, antiguas colonias francesas, Corea).

Un peso muy relevante a fin de la clasificación en cuestión lo tiene la atribución a los ciudadanos de impugnar delante de las cortes actos lesivos de derechos garantizados directamente por la constitución. En algunos casos (Alemania, México) el objeto puede ser también una ley.

Sobre la característica de los sujetos implicados, en un extremo de la línea se colocan, entonces, los ordenamientos “cerrados” que limitan el

⁵⁷ Calamo Specchia, V. M.; Montanari, L. *Introduzione*. En ID., *L'accesso in via indiretta alle Corti costituzionali: un modello per l'Europa?*, sección monográfica de Dir. pubbl. comp. eur., n. 1, 2014. p. 333.

⁵⁸ Kelemen, V. K. *L'accesso individuale indiretto alla Corte costituzionale ungherese*. Op. Cit., p. 433 e p. 438 s.

acceso a entes u órganos del Estado (Francia hasta los años 70, Austria en el modelo originario), en el otro (aunque en distinta medida) de diversa forma los sistemas “abiertos”, en los que el control concreto tiene como protagonista, aparte de entes u órganos, a los jueces, y en los que el acceso, a través del amparo, la *Beschwerde* y otras figuras similares, está asegurado también a todas las personas físicas (y a veces a las jurídicas).

La graduación en la amplia sección mediana ve poco a poco ir de izquierda a derecha los sistemas que atribuyen la titularidad de la instancia (cuestión, excepción) solo a los tribunales de vértice, o a todos los jueces llamados a ejercitar justicia en un caso juzgado, con la posterior variable de cuáles son los titulares de recursos (si el ordenamiento es descentrado, también si los entes periféricos alimentan la justicia constitucional en su complejo; a veces aparece el defensor del pueblo). En otro lado orientado al pluralismo se podrían colocar los sistemas alemanes y españoles, que reagrupan todas estas variables (recursos de varios órganos centrales, recurso intersubjetivo entre *bund* y *länder*, o entre Estado y comunidades autónomas, recurso directo de los ciudadanos, control incidental por parte de los jueces). En parte, dentro de la clase dúctil a las que pertenece la República Federal Alemana, pero no del todo incluido en esa, pueden colocarse varios ordenamientos concentrados del este de Europa, que prevén todas estas modalidades, menos el recurso intersubjetivo (no siendo estos federales). Así, más o menos puede ser situada Italia, donde falta el recurso directo de los ciudadanos, aunque la tutela de sus derechos y libertades está asegurada por el recurso incidental.

10. LA CLASIFICACIÓN SEGÚN LA TIPOLOGÍA Y LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

En cuanto a los efectos de las sentencias, la clásica distinción formulada por Calamandrei y Cappelletti entre la eficacia declarativa y la eficacia constitutiva de los pronunciamientos parecen perder parte de su prevalencia frente a otros elementos que emergen de la evolución de varios sistemas. Estas enfatizan la naturaleza de las sentencias estimatorias, sin considerar los efectos que consiguen de las

sentencias de rechazo y de las así llamadas intermedias. Una diferencia que atraviesa todos los ordenamientos de derecho codificado, es la diferencia entre decisiones que expulsan disposiciones y/o normas, y otras que, al revés, simplemente declaran infundadas las cuestiones planteadas. Estas últimas, generalmente, no determinan efectos preclusivos a eventuales futuras excepciones (Italia, España, Alemania). Más bien, se evidencia que donde el control de constitucionalidad es preventivo, el efecto de una declaración de constitucionalidad de una ley o de sus disposiciones puede ser definitivo (como sucede en Irlanda), no como ocurre con una sentencia de rechazo (que en algún caso produce efectos *erga omnes*: v. Belgio).⁵⁹

Con fines clasificatorios estratégicos aparecen, entonces, más elementos diversos de la naturaleza declarativa o constitutiva.

En primer lugar, aquellos conectados a las características tipológicas. Excluido desde el principio que la gama de opciones podría limitarse a la alternativa de estimación/rechazo, los tribunales utilizan en modo más o menos intenso sentencias interpretativas, aditivas, manipulativas, de dirección, etc. En *common law*, es la *ratio decidendi* la que vincula; pero también en *civil law* son las máximas, los principios expresados en las motivaciones, los que producen efectos análogos, sea respecto a la jurisprudencia que al legislador. Así como los dispositivos de reenvío a las motivaciones, que se ven en las sentencias interpretativas.

La división corta transversalmente la dicotomía existente entre concentrado/difuso, así como la constitutiva/declarativa y las diversas familias jurídicas.

Solo en pocos casos, las constituciones y las leyes sobre derecho procesal constitucional, ordenan la materia. Frecuentemente, hoy se

⁵⁹ El control sucesivo resulta más ventajoso desde el punto de vista de la economía jurídica: en primer lugar, permite a los jueces salvar la vigencia de las disposiciones que, de otra manera, podrían en vía preventiva ser susceptibles de sentencias de inconstitucionalidad. Por otra parte, se evita que cuestiones abstractas, relativas a asuntos que no se realizan en la vida cotidiana, que no afectan a intereses justiciables, sean debatidos por las cortes constitucionales; adicionalmente, se impide que interpretaciones inconstitucionales de una disposición escapen del control.

Argumentos a favor del control previo en Blanco de Moraes, C. *Justiça Constitucional*, II, *O direito do Contencioso Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra ed., 2011. p. 26 ss., y en Duhamel, O.; Tusseau, G. *Droit constitutionnel et Institutions politiques*. 3ª ed. Paris: Seuil, 2013. p. 788 ss. (también con la admisión de sus límites: p. 794 ss.).

rompe con el pasado introduciendo reglas sobre la constitucionalidad por omisión y sobre efectos temporales de los pronunciamientos. En ausencia de normativa, a menudo las crean las mismas cortes.⁶⁰ Mientras en algunos sistemas de justicia constitucional los jueces no manifiestan ninguna rémora en la modulación de las sentencias (desde los Estados Unidos a Canadá, Alemania o Italia y Francia), adaptándose a los casos la tipología, y creando así derecho procesal más que derecho sustancial, en otros, razones relacionadas con la cultura jurídica sirven como freno a la creatividad procesal de las cortes (Ej.: México).⁶¹

Un último elemento que puede ayudar a clasificar los sistemas de justicia constitucional desde la óptica en examen está representado por los efectos directos de los pronunciamientos: esto influye sobre el poder de las cortes y da peso a las propias decisiones y sus efectos entre las partes, siempre directo en algunos casos (como en Estados Unidos y España), indirectos (o más indirectos) en otros casos, como en Italia.

El examen de los sistemas en clases caracterizadas por amplias áreas de superposiciones se articula, entonces, según varios elementos: la presencia de tipologías más o menos diferenciadas de decisiones; los efectos más o menos vinculantes, no solo de las sentencias de inconstitucionalidad, sino también de las otras; la capacidad (y el poder efectivo) de articular tales tipologías; el dominio sobre efectos temporales; el poder de sancionar las violaciones o incumplimientos.

La principal división depende de la autonomía o la heteronomía en la creación del derecho procesal constitucional, la mayor o menor concentración en las cortes del poder de autodeterminar las reglas del proceso, no solo en las fases de introducción e intermedia, sino también en las fases finales donde se producen los efectos: la sentencia. Esa puede ser una variable de reglas constitucionales o legislativas precisas

⁶⁰ Ver entre tantos sobre la inconstitucionalidad por omisión, Gómez Puente, M. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: MacGrawHill, 1997; Villaverde Menéndez, I. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: MacGrawHill, 1997; Fernández Rodríguez, J.J. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. Derecho español*. Madrid: Civitas, 1998; Bazán V. (Ed.) *Inconstitucionalidad por omisión*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. Sobre los efectos temporales, recientemente Butturini, D.; Nicolini M. (Eds.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*. Napoli: Esi, 2014.

⁶¹ V. Figueroa Mejía, G.A. *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*. México: Porrúa, 2011.

o imprecisas, extensas o menos extensas, pero también de factores que operan como criptotipos (la actitud del juez frente al poder normativo).

Fuera de un análisis diacrónico (para el cual, como en otras clasificaciones, Austria y Francia de los arquetipos resultan los sistemas más limitados), la observación empírica nos da hoy un conjunto de *sets* muy complejo: casi todas las cortes emiten varias tipologías de sentencias, y casi todas lo hacen en plena autonomía, prescindiendo de expresas previsiones. Algunas no se frenan en su creatividad (de USA de *Roe vs Wade* hasta Alemania), otras son más prudentes (América Latina, pero solo en algunos casos). En determinadas circunstancias puede operar la inconstitucionalidad por omisión, cuyos efectos son susceptibles solo de sanciones políticas (Portugal y Brasil). Muchas dominan los efectos temporales, bien por previsión constitucional (ej.: Austria), o bien por su propia autodisciplina (Italia). Algunas pueden imponer la ejecución (España), otras deben conformarse con la intermediación de poderes diversos (Italia).

11. CONCLUSIONES

Para formular la propuesta comentada en las páginas anteriores, he seguido los siguientes procedimientos: a) partiendo de la crítica de Tusseau, la he enfatizado, no solo contrastando la “pureza” del modelo estadounidense, sino poniendo en duda, además, que pueda ser considerado un “modelo difuso”; b) he desplazado la atención de las clasificaciones ancladas en los modelos, hacia aquellas basadas sobre el análisis de sistemas; c) he negado la utilidad de construir clases rígidas, sugiriendo el uso de clasificaciones débiles, que permitan colocar las experiencias a lo largo de líneas graduales; d) he seleccionado algunos elementos, desde mi punto de vista importantes, para proceder a la clasificación, revaluando algunos dejados habitualmente en las sombras (especialmente, el parámetro y el objeto).

El problema ahora es que nos encontramos delante de *más* clasificaciones de sistemas de justicia constitucional; el interrogante es si se pueden intersecar, para simplificar la clasificación.

Visualmente, las líneas que colocan los sistemas según el elemento considerado podrían ser cruzadas también en una configuración

tridimensional, a condición de que desde el punto de vista de la intersección se coloque un elemento único que dé una idea de “más”. En otras palabras: puesto que en cada sistema (incluso aquellos difusos) es una corte, suprema o constitucional, la que realiza la función de control de constitucionalidad (además de otras funciones adicionales), se trata de decidir cuál podría ser este elemento.

Tal elemento no podría ser sino el poder, la fuerza de una corte en un sistema, su colocación en la forma de Estado y en la forma de gobierno, en relación con su capacidad de acomodarse con la sociedad y de incidir con las decisiones de otros poderes: concepto que, aunque difícilmente reconducible a un análisis jurídico en sentido estricto, ofrece todavía elementos útiles también para el análisis de otros temas en derecho constitucional.

Los elementos considerados se pueden sumar, eventualmente, atribuyendo a cada uno valores ponderados distintos: la corte “más fuerte” –*the most dangerous branch*– es aquella que tiene el monopolio de las funciones, que es independiente, que es ampliamente solicitada por sujetos varios y con ritos alternativos; que tiene por objeto de su escrutinio varios actos jurídicos, desenvuelve funciones complementarias y accesorias; que se vale de una extensa tipología de decisiones; que puede hacerlas directamente eficaces, sin la intermediación de otros poderes; que por razones históricas y culturales es escasamente deferente hacia el poder político.⁶²

De la misma forma, podría estar medido también el peso de la función de control de constitucionalidad, analizando, junto a los elementos anteriormente indicados, la integración que el control jurisdiccional tiene con el control político o con otras formas de control (por ejemplo: aquellas desenvueltas por el defensor del pueblo).

⁶² Esta medición poco tiene que ver con la propuesta de Tushnet que –basándose solo en la experiencia estadounidense, sin verificar sobre el campo– distingue una *strong-form judicial review* de una *weak*, individualizándola sustancialmente por el hecho de que la prevalencia en tema de interpretación de la constitución sea confiada a los órganos judiciales propuestos, o a una especie de diálogo entre ellos y los parlamentos: Tushnet, M. *Weak Court, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton U.P., 2008; ID., The rise of weak-form of judicial review. En: Ginsburg, T.; Dixon, R. (Eds.), *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: E. Elgar, 2011. p. 321 ss.; anteriormente ID., Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. En: *Harvard Civil Liberties-Civil Rights L.R.*, 2006. p. 1 ss. (además de otros artículos).

CAPÍTULO 2

*IDENTITÀ DELLA COSTITUZIONE E LIMITI ALLA REVISIONE COSTITUZIONALE (IL CASO COLOMBIANO)**

Riccardo Guastini**

Dice la Corte costituzionale italiana, in una decisione molto nota (estensore A. Baldassarre): «i principi supremi dell'ordinamento costituzionale» hanno «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale»; «non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale».¹

Così dicendo, la Corte enuncia la duplice tesi: (a) che certi, non meglio precisati, “principi supremi” costituiscono altrettanti limiti materiali alla revisione costituzionale; e (b) che la Corte stessa è competente a giudicare della conformità a siffatti principi delle leggi di rango costituzionale. La seconda tesi, sia detto per inciso, *non* segue logicamente dalla prima (sicché quel “pertanto”, che si legge nel testo, è fuori luogo).² Ma il punto più interessante è che l'argomentazione

* Una prima stesura di questo lavoro è stata letta e commentata da diversi amici, ai quali devo un ringraziamento: Giulio Itzcovich, Mauricio Maldonado Muñoz, Andrés Morales Velásquez, Diego Moreno Cruz, Pablo Moreno Cruz, Gianpaolo Parodi, Lucio Pegoraro. Sono grato anche ai colleghi e ai dottorandi dell'Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, con i quali ho avuto occasione di discutere una prima stesura del lavoro.

** Tarello Institute for Legal Philosophy <http://istitutotarello.orgguastini@unige.it>

¹ Corte cost. it. 1146/1988.

² Se anche vi sono principi costituzionali intangibili, non per questo la Corte costituzionale è competente a usarli come parametro di legittimità delle leggi costituzionali in assenza di una norma che lo preveda. Sia detto per inciso: non è affatto ovvio che le leggi di rango costituzionale, di cui

della Corte su entrambe le questioni è molto carente, per non dire inesistente.³

Si legge nella sentenza: «Questa Corte [...] ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale». *Non sequitur*. Ovviamente, il fatto che la Corte così avesse già deciso in passato non è di per sé un argomento,⁴ a meno di presupporre che la Corte sia vincolata al principio stare decisis (il che notoriamente non è).⁵ Ma, soprattutto, le precedenti decisioni, che la Corte richiama, risultano anch'esse del tutto prive di motivazione sul punto in questione (limiti materiali alla revisione costituzionale): *et pour cause*, giacché esse non avevano ad oggetto norme di rango costituzionale.⁶

Dice ancora la Corte: «Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione

all'art. 138 cost., abbiano “forza di legge” ai sensi dell'art. 134, che così circoscrive la giurisdizione della Corte: non è questo il senso usuale della locuzione “forza di legge”, e che dunque siano soggette al controllo di legittimità costituzionale (almeno sotto il profilo materiale).

³ I “principi supremi” di cui discorre la Corte non vanno confusi con i “principi sovra-costituzionali”, di cui si trova traccia in certa letteratura francese: Troper, M. Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale. In: Comanducci, P.; Guastini R. (Eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II. Torino: Giappichelli, 1989; Klein, C. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: PUF, 1996. I principi supremi, siano essi espressi o inespressi, sono principi costituzionali, e dunque principi di diritto positivo, ancorché sovraordinati ai rimanenti principi costituzionali (in virtù di una gerarchia meramente assiologica). I principi sovra-costituzionali, per contro, sono principi meta-costituzionali, e dunque, non essendovi (per definizione) diritto positivo al di là della costituzione, principi di diritto naturale.

⁴ Comunque non un argomento logico. Non è neppure un argomento ex auctoritate, giacché la Corte fa riferimento non ad una autorità “terza”, ma solo a sé stessa.

⁵ La giurisprudenza della Corte è affollata di overrulings, non sempre convenientemente argomentati (come il principio stare decisis richiederebbe).

⁶ Lo stesso dicasi per la sentenza Corte cost. it. 238/2014. Vedi al riguardo Faraguna, P. *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*. Milano: Angeli, 2015. Del resto, anche nella decisione 1146/1988, il passaggio sui principi supremi è solo un *obiter dictum*, giacché prelude ad una decisione di inammissibilità per ragioni processuali. Vero è che la Corte considera «di rango equivalente a quello costituzionale» (così nella sentenza ora cit.) le norme cui fanno rinvio gli articoli 7 (norme concordatarie), 10 (norme internazionali consuetudinarie), e 11 (norme comunitarie o, meglio, europee) cost. Ma trattasi di puro diritto giurisprudenziale, privo di qualsivoglia base testuale in costituzione e di qualsivoglia sostegno logico: non si vede come (né perché) una norma N2 cui un'altra norma N1 fa rinvio possa avere lo stesso rango di quest'ultima nella gerarchia delle fonti; parrebbe, al contrario, che N2 sia, in più di un senso, “subordinata” a N1. Può una fonte qualsivoglia istituire una fonte “concorrente” con (i.e. parificata a) sé stessa? La migliore dottrina (penso specialmente a V. Crisafulli) lo nega.

alle sue norme di più elevato valore». Questa *reductio ad absurdum*, tuttavia, non è un argomento serio, giacché presuppone proprio ciò che dovrebbe dimostrare, ossia: che talune norme costituzionali abbiano «più elevato valore» rispetto alle altre;⁷ che tali norme costituiscano un limite alle leggi costituzionali; e che la garanzia giurisdizionale della costituzione si estenda alle leggi di revisione.

In altra occasione, ho congetturato che questo modo di vedere della Corte trovi (tacito) fondamento in una dottrina che:

- (i) distingue (correttamente) tra revisione costituzionale e instaurazione di una nuova costituzione⁸ e, di conseguenza, tra potere costituente e potere (costituito) di revisione;
- (ii) assume che il potere di revisione non possa spingersi, senza snaturarsi, fino a instaurare una nuova costituzione, così sostituendo quella vigente; e soprattutto
- (iii) assume una concezione “sostanzialistica” della identità della costituzione, tale per cui ogni costituzione è non un semplice insieme di enunciati normativi, ma un insieme, diciamo così, strutturato, entro il quale taluni principi sono preminenti, avendo un valore essenziale o caratterizzante;⁹ dal che segue
- (iv) una concezione egualmente “sostanzialistica” della revisione e della instaurazione, tale per cui questi due atti di produzione normativa si distinguono per ciò che dispongono, per il loro

⁷ La Corte, in una ormai risalente decisione, pur senza argomentare in alcun modo, ritenne «di indubbia fondatezza» la tesi della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione: un ordine che conduce a «conferire preminenza» ad alcune norme rispetto ad altre entro uno stesso corpo «di disposizioni coordinate in sistema» (Corte cost. it. 175/1971). Trattasi evidentemente di una gerarchia assiologica: una gerarchia, cioè, attinente ai valori, che intercorre tra due norme allorché non una fonte, ma l'*interprete*, mediante un suo *giudizio di valore comparativo*, ascrive a una di esse un valore superiore rispetto al valore dell'altra (Guastini, R. *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 241 ss., nonché *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 169 ss.).

⁸ Su questo concetto non si può non richiamare Romano, S. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione (1902), ora in S. Romano. *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1969.

⁹ Come è noto, tracce di questa concezione si rinvencono in Schmitt, C. *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it. Milano: Giuffrè, 1984, e in Mortati, C. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1940. Chiamo invece “formalistico” quel modo di vedere secondo il quale la costituzione non è che un insieme di enunciati normativi, o disposizioni.

contenuto normativo, e non per il procedimento (legale o invece *extra ordinem*) adottato.¹⁰

Ebbene, diversi elementi di questa dottrina, che io ho congetturalmente attribuito alla Corte costituzionale italiana, si trovano espressamente enunciati nella giurisprudenza della Corte costituzionale della Colombia,¹¹ che ha pronunciato diverse sentenze di incostituzionalità di leggi costituzionali.¹²

2. La Costituzione della Colombia (1991) disciplina all'art. 241 la giurisdizione costituzionale: alla Corte costituzionale è affidata la garanzia «della integrità e della supremazia» della Costituzione «nei termini stretti e precisi di questo articolo» (art. 241.1). Questa ultima clausola, si noterà, suona come un precetto di interpretazione letterale, e in particolare come un divieto esplicito di interpretazione estensiva.

L'art. 241 prevede espressamente la giurisdizione della Corte non solo sulla legislazione ordinaria (parlamentare e governativa), ma altresì sulle leggi di revisione costituzionale.¹³

¹⁰ Guastini, R. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne, 2008. p. 160 s.; Cfr. anche Guastini, R. *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*. Op. Cit., p. 225 ss. Chiamo invece “formalistica” la concezione opposta, secondo cui gli atti instaurazione e di revisione costituzionale, rispettivamente, si distinguono non per il loro contenuto, ma per le “forme” in cui sono adottati.

¹¹ Ha richiamato la mia attenzione su questa giurisprudenza costituzionale colombiana la tesi dottorale di Morales Velásquez, A. *Hacia una regla de reconocimiento realista*, discussa nel 2015 presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università di Genova.

¹² Analizzo nel seguito solo quelle che mi paiono le più interessanti. Parlo qui di cose note ai comparatisti, ma (credo) non altrettanto ai teorici del diritto. Un resoconto dettagliato della giurisprudenza in questione si legge in Bernal Pulido, C. *Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine*. In: *International Journal of Constitutional Law*, 11, 2013, e in Ragone, S. *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali*. Bologna: Bononia U.P., 2011. p. 74 ss. Di questo volume, in cui si trova una miniera di informazioni sul controllo giurisdizionale della revisione costituzionale in diversi ordinamenti, nonché una vastissima bibliografia, esiste peraltro una versione castellana: Ragone, S. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*. México: Porrúa, 2012. Vedi anche Pegoraro, L. *Giustizia costituzionale comparata*. Dai modelli ai sistemi. Torino: Giappichelli, 2014. p. 175 ss.

¹³ Per la precisione, il titolo XIII della Costituzione colombiana prevede tre diversi possibili procedimenti di revisione costituzionale: «La Costituzione politica potrà essere riformata dal Congresso, da un'Assemblea costituente, o dal popolo mediante referendum» (art. 374). Ebbene, la Corte costituzionale esercita il controllo successivo di legittimità costituzionale sulle leggi di revisione e il controllo preventivo sulle leggi di convocazione di un'Assemblea costituente e/o di un referendum di revisione (art. 241.1). Qui e nel seguito, per non appesantire il discorso, uso l'espressione “leggi di revisione” per fare riferimento non solo alle leggi di revisione propriamente dette, ma anche alle leggi di convocazione di referendum di revisione e alle leggi di convocazione di un'Assemblea costituente.

Ora, quanto alla legislazione ordinaria, l'art. 241 dispone che le leggi e i decreti governativi con forza di legge sono soggetti al controllo della Corte «tanto per il loro contenuto materiale quanto per i vizi di procedimento nella loro formazione» (art. 241.4 e 241.5).

Per contro, in relazione alle leggi di revisione costituzionale, lo stesso articolo dispone che il controllo della Corte è circoscritto ai soli «vizi di procedimento nella loro formazione» (art. 241.2).

Inoltre, l'art. 379 stabilisce (ribadisce) che gli atti di revisione «solo potranno essere dichiarati incostituzionali quando siano violati i requisiti stabiliti in questo titolo», ossia nel titolo XIII, che appunto disciplina i procedimenti – e null'altro che i procedimenti – della revisione costituzionale.

Queste disposizioni in materia di giurisdizione sulla revisione costituzionale suppongono evidentemente una dottrina dei “vizi” degli atti normativi. La teoria costituzionale¹⁴ usa distinguere tra vizi formali e vizi sostanziali: i vizi formali attengono al procedimento di formazione dell'atto; i vizi sostanziali attengono al suo contenuto normativo. La Costituzione colombiana, all'evidenza, fa eco precisamente a questa distinzione.¹⁵ Pare escluso, dunque, che la Corte possa controllare la legittimità costituzionale del contenuto normativo di una legge di revisione.

L'interpretazione letterale del complesso di disposizioni menzionate – espressamente richiesta dall'art. 241.1 – non sembra lasciare dubbi. La Corte ha un controllo “pieno”, formale (di procedimento) e sostanziale (di contenuto), sulla legislazione ordinaria. Ma, quando si tratti di revisione costituzionale, il controllo è circoscritto agli aspetti formali o procedurali della revisione.

Ebbene, in numerose decisioni degli anni 2000 la Corte costituzionale colombiana ha aggirato questa norma con un ragionamento molto ingegnoso, in cinque mosse.

¹⁴ In particolare quella italiana, che la Corte colombiana mostra di conoscere (citandola sommariamente nella sentenza C-551/2003).

¹⁵ Così opina la stessa Corte colombiana (C-551/2003).

La storia comincia con la sentenza 551 del 2003 (C-551/2003).

3. La prima mossa della Corte consiste nell'estendere il suo controllo dai vizi di procedimento ai vizi di competenza.

Come dicevo, pare escluso che la Corte possa controllare i vizi materiali – e dunque il contenuto normativo – di una legge di revisione. Tuttavia, argomenta la Corte,¹⁶ alcuni distinguono, accanto ai vizi formali e ai vizi materiali, un terzo tipo di vizio: il vizio di (in) competenza.

Questo vizio ulteriore si presenta quando un atto normativo disciplina un oggetto (una “materia”) che esso non è competente a disciplinare poiché quell'oggetto ricade nella competenza di un atto diverso, proprio di una diversa autorità normativa.

Effettivamente, il vizio di incompetenza è, almeno *prima facie*, diverso sia dai vizi formali, sia dai vizi sostanziali. Si distingue dai vizi formali, poiché è in discussione non il procedimento di formazione dell'atto, ma il soggetto che lo ha posto in essere.¹⁷ Si distingue dai vizi sostanziali, poiché è in discussione quale oggetto è disciplinato da un dato atto, e non *il modo in cui* esso è disciplinato.¹⁸

Naturalmente, è sufficiente cambiare il concetto corrente di “forma” degli atti, dove la forma è comunemente intesa come procedimento, per ritornare alla semplice bipartizione tra vizi formali e vizi sostanziali. In particolare, si può ridefinire il concetto di “forma” degli atti in modo puramente negativo: “forma” è tutto ciò che *non* tocca il contenuto normativo (né ciò che è regolato, né come è regolato). Alla luce di questa ridefinizione, la “forma” di un atto denota non più solo il suo procedimento di formazione, ma altresì l'identità dell'autorità normativa – concretamente: l'organo dello stato – da cui l'atto promana. Non c'è dubbio, infatti, che l'autorità normativa che pone

¹⁶ Citando Gustavo Zagrebelsky.

¹⁷ La classe delle norme sulla produzione giuridica include due sottoclassi: le norme che conferiscono una competenza normativa e le norme che ne disciplinano i modi di esercizio, rispettivamente.

¹⁸ Ad esempio, là dove si tratti di un oggetto di disciplina riservato alla legge formale (la “materia” penale, poniamo), un regolamento dell'Esecutivo su quell'oggetto è invalido, per incompetenza, del tutto indipendentemente da ciò che dispone: per ciò che disciplina, non per come lo disciplina.

in essere l'atto (il Governo, poniamo, invece che il Parlamento) è altra cosa dal contenuto normativo dell'atto stesso, sicché in *questo* specifico senso il vizio di incompetenza è un vizio "formale". Tuttavia, la Corte colombiana segue un percorso argomentativo leggermente diverso.¹⁹

La Corte colombiana dapprima rende omaggio all'art. 241.2, dicendo che «la esclusione, dal controllo di costituzionalità, del contenuto materiale di una riforma costituzionale è naturale, giacché il contenuto di qualunque riforma costituzionale è per definizione contrario alla Costituzione vigente, poiché pretende precisamente di modificarne le norme». Ammettere un controllo sostanziale sulle leggi di revisione equivarrebbe a «pietrificare l'ordinamento costituzionale e annullare la stessa clausola di riforma», i.e. le disposizioni che ammettono la revisione.²⁰

Ma, ciò detto, la Corte osserva che «la nozione di vizi di procedimento [...] non è di per sé evidente». In generale, l'incostituzionalità può dipendere dalla incompetenza dell'organo, da una irregolarità nel procedimento, dal contrasto con norme superiori nella gerarchia delle fonti, da una irregolarità nella formazione dell'organo, etc. È necessario insomma approfondire sistematicamente «il senso e la portata della nozione di vizi di procedimento».

La Costituzione «*sembra*²¹ adottare una classificazione bipartita», vizi formali vs. vizi sostanziali, dice la Corte. Tuttavia, si domanda, «che succede con i vizi di competenza»? E risponde: «un vizio di competenza si proietta tanto sul contenuto materiale della disposizione controllata quanto sul procedimento, giacché costituisce un pilastro fondamentale di entrambi». «Perché un atto giuridico emanato da

¹⁹ La Corte colombiana inizia respingendo una «interpretazione puramente letterale e isolata dell'art. 379», giacché la Costituzione, dice, è «un testo armonico che deve essere interpretato in maniera sistematica, tenendo conto, altresì, dei propositi del costituente». Ne segue che «la restrizione dell'art. 379 [le leggi di revisione potranno essere dichiarate incostituzionali «solo (...) quando siano violati i requisiti stabiliti in questo titolo», ossia nel titolo concernente appunto i procedimenti di revisione] non implica che la Corte non debba prendere in considerazione altre norme costituzionali che siano rilevanti». Tuttavia, questa linea argomentativa, ricorrente nella giurisprudenza della Corte, è poco più che un *obiter dictum*, giacché non conduce, di per sé, ad alcuna conclusione significativa.

²⁰ Vuol dire la Corte che, se la costituzione fosse pietrificata (immodificabile), sarebbero prive di effetto le disposizioni che, regolandola, ne prevedono la revisione.

²¹ Il corsivo è mio.

una pubblica autorità sia regolare e valido è necessario non solo che l'autorità segua il procedimento previsto dall'ordinamento, ma anche che essa abbia la facoltà di dettare certi contenuti normativi. Ciò significa che un atto normativo può essere viziato perché l'organo che lo emana non poteva farlo, ossia non aveva la facoltà di emanare questo contenuto normativo». «La competenza è un presupposto ineludibile del procedimento, a tal punto che il procedimento è sempre viziato se l'organo che emana un atto giuridico è incompetente», per quanto il procedimento seguito sia stato formalmente impeccabile. Non avrebbe senso (argomento c.d. "apagogico", ossia *reductio ad absurdum*) che la Costituzione attribuisse alla Corte il controllo dei vizi di procedimento della revisione costituzionale strettamente intesi, ma le precludesse di verificare la competenza degli organi.

Per questa via, pur senza ricondurre strettamente il vizio di incompetenza ai vizi di procedimento, la Corte estende la sua propria giurisdizione ai vizi di incompetenza. «Dovrebbe la Corte costituzionale limitarsi a considerare il procedimento della riforma, malgrado l'assoluta invalidità della riforma stessa per carenza di competenza? Che resterebbe della sua funzione di "vigilare sulla integrità e supremazia della Costituzione" che le assegna l'art. 241 della Carta? Ciò mostra dunque [ancora l'argomento apagogico] che questa Corte, se non verificasse la competenza dell'organo che promuove la riforma, non controllerebbe davvero che il procedimento di approvazione della riforma sia stato fatto nelle forme dovute».

Concretamente, la Costituzione conferisce alla Corte la competenza ad esaminare «se il Costituente derivato, nell'esercitare il potere di riforma, sia o no incorso in un vizio di competenza».²²

La Corte non si accorge (o finge di non accorgersi) che "competenza" (come "incompetenza") può assumere due sensi ben distinti. In un primo senso, un organo può essere, o no, competente ad emanare un

²² Aggiunge la Corte: il titolo XIII, infatti, oltre a disciplinare i diversi procedimenti di revisione, individua anche i titolari del potere di revisione: secondo i casi, il Congresso, il popolo, o l'Assemblea costituente, rispettivamente. Si tratta tuttavia di un argomento del tutto inconcludente, giacché la Costituzione non conferisce poteri di revisione distinti a ciascuno dei tre titolari: tutti sono competenti alla revisione costituzionale senza ulteriori specificazioni e senza limiti espressi di oggetto o di contenuto.

certo tipo di atto, caratterizzato da un preciso *nomen juris*: ad esempio, l'Esecutivo può avere competenza ad emanare “regolamenti”, ma non “leggi” formali. In un secondo senso, un organo può essere, o no, competente ad emanare *atti con un certo contenuto*: ad esempio, l'Esecutivo può non avere competenza ad emanare regolamenti in materia penale. Per decidere se vi sia, o no, competenza in questo secondo senso, è proprio al contenuto degli atti che occorre guardare.²³

4. La seconda mossa della Corte colombiana consiste nel distinguere il potere costituente primario od “originario”, ossia costituente in senso stretto, dal potere “costituente derivato” o secondario, cioè dal potere di revisione costituzionale.²⁴

Il potere costituente «è radicato nel popolo, che ha e conserva il potere di darsi una costituzione», ivi inclusa una nuova costituzione. Esso pertanto non è soggetto a limiti di sorta: è un potere “sovrano”, sicché i suoi atti sfuggono a qualunque controllo giurisdizionale, essendo non atti giuridici ma atti «politico-fondativi»,²⁵ la cui validità riposa sulla «volontà politica della società».²⁶

Il potere di revisione, per contro, è, in un senso, anch'esso “costituente”, giacché può riformare la costituzione ma, strettamente parlando, è tuttavia un potere costituito, e pertanto «derivato e

²³ Vero è che il “contenuto normativo” di un atto, come si è accennato nel testo, è scomponibile in due parti: l'oggetto di disciplina (la fattispecie regolata) e il modo di disciplina (la conseguenza giuridica connessa a quella fattispecie). Per decidere se l'autorità normativa, cui è imputato l'atto, sia o no competente occorre guardare all'oggetto di disciplina, e dunque, in *questo* senso, al “contenuto” dell'atto. D'altra parte, i confini tra l'oggetto di disciplina e il modo di disciplina sono fluidi in modo inquietante. Si prenda l'esempio seguente: la Costituzione italiana (art. 139) preclude la revisione della forma repubblicana dello Stato. Ebbene, la norma espressa da questa disposizione può essere ricostruita indifferentemente dicendo che al potere di revisione è *proibito* (modalità deontica) mutare la forma repubblicana dello stato, o che il potere di revisione è *incompetente* (modalità hohfeldiana) a disciplinare la materia “forma dello stato”.

²⁴ Sul concetto di potere costituente originario mi piace richiamare l'analisi (e la critica) magistrale di Carrió, G.R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.

²⁵ Atti che definiscono «la struttura del potere statale, le relazioni tra lo Stato e il resto della società, i doveri dello Stato e i diritti e doveri dei privati cittadini, i meccanismi di soluzione dei conflitti, e i modi di proteggere lo schema adottato».

²⁶ Peraltro, nella sentenza C-574/2011, la Corte sostiene – citando Siéyès – che lo stesso potere costituente, del quale disporrebbe un'Assemblea convocata allo scopo, è soggetto a limiti, nel senso che «(i) deve fare una costituzione e non altra cosa, (ii) deve agire entro un tempo limitato, (iii) non può discostarsi dalla volontà dei rappresentati». Inoltre una eventuale Assemblea costituente dovrebbe comunque rispettare i trattati internazionali e lo *jus cogens*, sempre che volesse instaurare una «costituzione democratica liberale».

limitato». Sicché è, «per ciò stesso», soggetto a limiti e controlli. In particolare, a «limiti di competenza». Del resto, secondo la Corte, dottrina e giurisprudenza (anche internazionali) concordano che «ogni costituzione democratica, pur non contenendo espressamente clausole pietrificate, impone limiti materiali al potere costituente derivato, per il fatto che questo è un potere costituito, e non il potere costituente originario».

La Corte – si osservi – fa derivare i limiti del potere di revisione non dalle norme positive che eventualmente lo disciplinano e che eventualmente lo sottopongono a limiti e controlli, ma dal *concetto stesso* di potere di revisione, inteso (correttamente) come potere *costituito*. Si tratta dunque di limiti (non di diritto positivo, ma) “logici”, ossia concettuali: banalmente, un potere che non si limita alla revisione, ma fa altro, non risponde alla definizione di “potere di revisione”. Limiti, dunque, comuni a *tutte* le costituzioni, del tutto indipendentemente da ciò che ciascuna di esse dispone.

Tuttavia, la Corte si ingegna a trovare anche un argomento testuale: l’art. 374 della Costituzione dispone che «la Costituzione potrà essere riformata...». *Riformata*, si badi bene, non *sostituita*: sicché il «tenore letterale» di questa disposizione esclude che il potere di revisione possa «sostituire la Costituzione». Risulta dunque dall’interpretazione letterale che la Costituzione colombiana, a differenza di altre costituzioni (quali, ad esempio, le costituzioni austriaca e spagnola), autorizza *solo* la sua revisione, non la sua sostituzione con una diversa costituzione. E, d’altra parte, l’art. 121 della Costituzione statuisce che «nessuna autorità statale potrà esercitare funzioni distinte da quelle che le attribuiscono la Costituzione e la legge»²⁷.

5. La terza mossa della Corte colombiana consiste nell’interrogarsi sulla competenza del potere di revisione. Fin dove si estende questa competenza? Quali sono i limiti (materiali) della revisione?

La revisione – dice la Corte – «può modificare qualunque disposizione del testo vigente, ma senza che tali riforme implicino la

²⁷ Dal che la Corte desume il principio generale di legalità: le pubbliche autorità «possono fare solo ciò che è loro espressamente permesso».

soppressione della Costituzione vigente e la sua sostituzione con una nuova costituzione», la qual cosa può essere opera solo del costituente originario. «La Costituzione deve conservare la sua identità nel suo complesso e dal punto vista materiale, quali che siano le riforme che vi si introducono».

La revisione costituzionale può ben contraddire «una regola, una norma, o un principio costituzionale». Ma qui non si tratta, dice la Corte, di confrontare il contenuto di un emendamento con una specifica norma (sia essa una regola o un principio) costituzionale, il che «equivarrebbe ad esercitare un controllo materiale» sulle leggi di revisione, che alla Corte è espressamente precluso. Si tratta invece di controllare che rimanga intatta la «identità» della Costituzione. La Costituzione è (solo) emendata, ma non sostituita, fino a che conservi la sua identità.

Il potere di revisione, insomma, «non è competente a distruggere la Costituzione»: se cercasse di sostituire la Costituzione «non solo si erigerebbe a potere costituente, ma minerebbe anche le basi della sua stessa competenza», dal momento che essa deriva appunto dalla costituzione vigente. «La facoltà di riformare la Costituzione non include la possibilità di abrogarla, sovvertirla, o sostituirla integralmente».

6. La quarta mossa della Corte colombiana consiste nel distinguere tra modificazione e sostituzione della costituzione. Il punto è sviluppato soprattutto in una sentenza del 2003 (C-1200/2003).

Anzitutto, la Corte ribadisce la distinzione tra potere costituente e potere di revisione: adottare una costituzione è «un atto di sovranità»; la revisione costituzionale è invece esercizio di una competenza attribuita a qualcuno dal popolo sovrano, e dunque derivata e limitata. La revisione è «uno dei modi di preservare la Costituzione», adattandola a nuove esigenze sociali o correggendone gli errori. La sua funzione è dunque «garantire la permanenza della Costituzione», non sostituirla con il pretesto di riformarla.

La Costituzione vigente, prosegue la Corte, non è «intangibile», dal momento che prevede essa stessa la propria revisione.²⁸ Ma è «insostituibile» ad opera dal potere di revisione: solo il popolo sovrano, i.e. il potere costituente stesso, potrebbe sostituirla. La sostituzione della costituzione attuata (mascherata) nelle forme della revisione costituzionale sarebbe una «invasione» del potere costituente.

Orbene: in che consiste la “sostituzione” di una costituzione?

Risponde la Corte: «la sostituzione della Costituzione consiste nel rimpiazzarla, non in termini formali, ma in termini materiali, con un'altra Costituzione. Sebbene ogni modificazione di una parte della Costituzione comporti, logicamente, che essa smetta di essere identica a quale era prima della modifica, per quanto minima questa sia, la sostituzione esige che la modificazione sia di una dimensione [*magnitud*] e importanza [*trascendencia*] materiale tale da trasformare la Costituzione modificata in una Costituzione completamente distinta. Nella sostituzione non vi è [semplicemente] contraddizione tra una norma e un'altra, ma trasformazione di una forma di organizzazione politica in una forma opposta».

Per esempio, dice la Corte, la Costituzione sarebbe non semplicemente emendata, ma sostituita, ove la forma repubblicana dello stato fosse rimpiazzata da una forma monarchica, sia pure tenendo fermi «i principi di uno stato democratico di diritto». «Se la Colombia cessasse di essere una repubblica per trasformarsi in una monarchia parlamentare, continuando però ad essere democratica, pluralista, rispettosa della dignità umana, e soggetta allo stato sociale di diritto, sarebbe ovvio che la Costituzione del 1991 è stata sostituita da una diversa costituzione».

La Corte si sforza anche, peraltro con scarso successo, di delineare i caratteri del test di “sostituzione”. Una legge di revisione – dice – non può essere trattata come una legge ordinaria, incapace come tale di modificare la Costituzione; non vi sono regole o principi costituzionali intangibili, giacché il divieto di sostituzione non equivale a pietrificare

²⁸ Diversamente, dice la Corte, ogni revisione costituirebbe di per sé *violazione* della Costituzione.

una parte della Costituzione; neppure vi sono «contenuti normativi sovra-costituzionali intoccabili». Piuttosto, occorre domandarsi se «gli emendamenti *nel loro insieme*²⁹ costituiscano una modifica di tale dimensione e importanza sì che risulti manifesto che la Costituzione originaria è stata rimpiazzata da una costituzione totalmente diversa, dacché gli emendamenti rappresentano una sostituzione totale o parziale di essa».

Si legge poi in una sentenza del 2010 (C-141/2010): nel «giudizio di sostituzione» si deve guardare non a un particolare articolo della Costituzione, ma alla «Costituzione tutta, intesa alla luce degli elementi essenziali che definiscono la sua identità». Nel giudizio di sostituzione «(a) si valuta se la riforma introduca un nuovo elemento essenziale alla Costituzione, (b) si analizza se tale elemento rimpiazza quello originariamente adottato dal costituente, e poi (c) si confronta il nuovo principio con il precedente per verificare non se siano distinti, il che sarà sempre il caso, ma se siano opposti o integralmente differenti, tanto da risultare incompatibili».

E ancora: in una decisione del 2011 (C-574/2011) la Corte tenta nuovamente di articolare la natura del «giudizio di sostituzione» nel modo che segue. Per dimostrare che «un elemento essenziale definitorio della identità» della Costituzione è stato sostituito, la Corte deve anzitutto enunciare chiaramente quale esso sia e argomentare perché esso abbia carattere essenziale, definitorio, «strutturale o assiale», per la Costituzione «integralmente considerata». Ciò richiede una lettura «trasversale e integrale», un'analisi «storica e sistematica», della Costituzione. La Corte deve poi mostrare che l'elemento in questione non è riducibile ad una specifica clausola costituzionale: diversamente tale clausola risulterebbe pietrificata, intangibile, e il giudizio della Corte si convertirebbe, da giudizio di incompetenza, in un giudizio «di contraddizione materiale», che alla Corte è precluso, giacché essa non può sindacare il contenuto della revisione, può solo controllare che il potere di revisione non abbia superato i propri limiti di competenza. Infine, la Corte deve determinare se questo elemento essenziale sia stato non semplicemente alterato, modificato, o vulnerato, ma rimpiazzato,

²⁹ La sottolineatura è mia.

ossia sostituito da un nuovo elemento, egualmente essenziale, non semplicemente «distinto», ma «opposto o completamente differente», al punto da risultare «incompatibile con gli elementi definitori della identità della Costituzione anteriore». ³⁰

Nondimeno, la Corte riconosce che il concetto di sostituzione «non è un concetto completo, finito [acabado], esaurito [agotado], che consenta di identificare l'insieme totale di ipotesi che lo caratterizzano»: la Corte può solo analizzare se un principio strutturale sia stato sostituito «in ogni caso concreto». ³¹

La Corte ammette dunque che il “giudizio di sostituzione” è intrinsecamente una valutazione case by case, cioè non soggetta a regole predeterminate, e pertanto largamente, se non totalmente, discrezionale.

Come che sia, la costituzione risulta non solo modificata, ma decisamente sostituita, allorché venga alterata la sua *identità*. Occorre dunque domandarsi in che consista la “identità” di una costituzione.

7. La quinta mossa della Corte colombiana consiste precisamente nel determinare l'identità – i caratteri definitori – della costituzione. Ma qui il discorso della Corte si fa ondivago e, fatalmente, molto approssimativo.

(i) Nella sentenza 551 del 2003, la Corte dice che, per accertare l'identità della costituzione, occorre «tenere conto dei principi e valori che essa contiene». ³²

Pare dunque che l'identità della costituzione risieda, non (banalmente) nel suo testo, e neppure nelle sue regole di dettaglio, ma

³⁰ Ad esempio, la Corte ha pronunciato decisioni di incostituzionalità per violazione dei principi di libertà di voto dell'elettore (C-1200/2003) e di autonomia personale («elemento consustanziale alla dignità umana»: C-574/2011).

³¹ In tal senso anche C-1040/2005.

³² Sicché, ad esempio, non sarebbe lecito sostituire lo «Stato democratico e sociale di diritto (art. 1 Cost.) con uno Stato totalitario, con una dittatura o una monarchia». Ma l'esempio, a onor del vero, non sembra del tutto pertinente, giacché mescola le diverse forme dello stato con i diversi possibili contenuti dell'ordinamento statale.

nei suoi principi e/o valori. Si tratta di una concezione “sostanzialistica” della costituzione e della sua identità.

Questo modo di vedere sembra supporre (a) che la costituzione sia non un banale insieme di disposizioni, come tale definibile extensionalmente,³³ ma qualcosa come una totalità armonica di principi e valori, e (b) che in seno alla costituzione si possa distinguere tra regole e principi. Dal che si potrebbe concludere che la revisione può sì toccare le disposizioni costituzionali, nel loro tenore letterale, e/o le regole (assiologicamente marginali) che esse esprimono, ma non i principi o valori che il testo esprime (e/o sottintende) senza rompere l'armonia e alterare così l'identità della costituzione.

Tuttavia la Corte colombiana nega espressamente questa conclusione: ammette che la revisione costituzionale possa contraddire «una regola, una norma, o un principio costituzionale», e insiste che nella Costituzione colombiana non vi sono principi pietrificati, intangibili,³⁴ che la revisione costituzionale non possa contraddire. E d'altra parte, in questa decisione, la Corte non sostiene che, tra i principi costituzionali, ve ne siano alcuni caratterizzanti o “supremi”, e che solo questi ultimi siano sottratti alla revisione costituzionale.

Sicché, alla fine, questa prima soluzione al problema dell'identità della costituzione risulta alquanto inconcludente.

(ii) La questione è ripresa in una successiva sentenza del 2003 (C-1200/2003), ma con una variante significativa.

Come si ricorderà, la Corte afferma che la costituzione sarebbe non semplicemente emendata, ma sostituita, ove la forma repubblicana dello stato fosse rimpiazzata da una forma monarchica, sia pure tenendo fermi «i principi di uno stato democratico di diritto»: se la Colombia si trasformasse da repubblica in monarchia parlamentare,

³³ Ossia per semplice enumerazione degli elementi (le norme, in questo caso) che compongono l'insieme.

³⁴ “Supremi”, nel linguaggio della Corte costituzionale italiana, la quale considera “supremi” i principi che «qualificano indefettibilmente e necessariamente l'ordinamento vigente» (Corte cost. it. 159/2009). Di «intangibilità dei principi coesenziali ad un ordinamento positivo», discorre Mortati, C. *Dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana*. Milano: Giuffrè, 1986 (estratto da *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962). p. 208.

«sia pure continuando ad essere democratica, pluralista, rispettosa della dignità umana, e soggetta allo stato sociale di diritto, sarebbe ovvio che la Costituzione del 1991 è stata sostituita da una diversa costituzione».

L'identità della costituzione sembra qui risiedere non nei suoi principi e (inafferrabili) valori, bensì nella forma di stato. Senza dubbio, questo criterio di identità è assai meno evanescente del precedente.

Questo modo di vedere è molto diverso dal precedente, giacché fa riferimento non più al contenuto normativo dell'ordinamento, ma appunto alla forma di stato. Il concetto di "forma di stato", per quanto vago e discutibile esso sia,³⁵ ha un nucleo di significato su cui non si può non convenire: monarchia e repubblica, stato unitario e stato federale, democrazia e autocrazia, per fare gli esempi più ovvi, sono forme di stato che chiunque direbbe differenti.

³⁵ Sia detto di passaggio: nella letteratura italiana, che usa distinguere tra forme di stato e forme di governo, il concetto di forma di stato risulta opaco sotto almeno quattro profili. (i) In primo luogo, il concetto è comunemente definito con un linguaggio oscuro e privo di qualunque rigore, mediante espressioni del tipo: l'«assetto strutturale» dello stato, il «modo di essere dell'intero assetto della 'corporazione' statale», «il complesso degli elementi che caratterizzano globalmente un ordinamento», etc. (ii) In secondo luogo, non è chiaro perché si stia parlando di «forma» dello stato, dal momento che, almeno nel tracciare alcune distinzioni, si fa riferimento ad aspetti dell'ordinamento costituzionale (o dell'ordinamento giuridico in genere) che nulla hanno di «formale» in alcun senso plausibile di questa parola, ma palesemente attengono piuttosto al contenuto normativo dell'ordinamento. Ad esempio, alcuni distinguono tra forme di stato a seconda che l'ordinamento includa, o no, il principio di eguaglianza e/o certe libertà individuali dei cittadini e/o il principio di legalità dell'amministrazione. Si può convenire che si tratti di caratteristiche strutturali e caratterizzanti di un ordinamento, ma con ogni evidenza attengono al suo contenuto normativo. (iii) In terzo luogo, si usa talora come criterio di distinzione la relazione che si instaura tra governanti e governati (concetto peraltro quanto mai evanescente), talaltra la relazione – del tutto diversa – tra governo e territorio, altre volte ancora il sistema sociale e/o (nuovamente) il contenuto dell'ordinamento normativo e/o l'ideologia politica dominante. Ad esempio: per un verso, conformemente ad una risalente tradizione, si distingue tra monarchia e repubblica; per un altro verso, si distingue tra stato patrimoniale, stato di polizia, e stato di diritto, e poi ancora tra stato liberale, stato democratico, stato sociale, e stato totalitario; per un altro verso ancora si distingue tra stato unitario e stato federale. È ovvio che queste distinzioni poggiano su criteri diversi ed eterogenei – non sempre chiari, peraltro – sicché non possono essere accostate sotto l'unico denominatore della «forma di stato». (iv) In quarto luogo, la classificazione delle forme di stato risulta anche insoddisfacente perché: da un lato, si prendono in considerazione aspetti dell'organizzazione costituzionale, che parrebbero rilevanti piuttosto per la distinzione delle cosiddette «forme di governo» (tipico esempio: la divisione dei poteri); dall'altro, si omette invece di prendere in considerazione certi aspetti dell'organizzazione costituzionale, la cui rilevanza per la forma di stato – in un senso accettabile di questa espressione – a me pare indiscutibile (ad esempio, il controllo giurisdizionale sulla legittimità costituzionale delle leggi).

Se poi, seguendo Kelsen, si vogliono ricondurre tutte le forme di stato, in ultima analisi, al modo di produzione del diritto, e dunque alle norme sulla produzione giuridica,³⁶ il criterio di identità della costituzione risulta ancora più semplice e trasparente. Giacché le norme sulla produzione giuridica, a differenza dei principi “strutturali”, sono riconoscibili dal giudice costituzionale (o da chiunque altro) con un modesto grado di discrezionalità.

Come che sia, nel 2005 fu sottoposta alla Corte la questione di legittimità di una revisione che consentiva la rielezione per la seconda volta consecutiva del Presidente della Repubblica allora in carica. La Corte (nelle sentenze da C-1040 a C-1057/2005) deliberò che tale revisione, malgrado la sua evidente importanza politica, *non* costituiva sostituzione della Costituzione, giacché non toccava i fondamenti dello Stato sociale di diritto, il Presidente era pur sempre eletto direttamente dal popolo, ed erano conservati tutti i pesi e contrappesi propri della forma di governo adottata dalla Costituzione. Nel 2010, però, la Corte ebbe occasione di giudicare della legittimità di una nuova legge di revisione³⁷ la quale consentiva una terza rielezione consecutiva del Presidente. Nella sentenza C-141/2010, la Corte dichiarò incostituzionale la legge in questione, adducendo, tra l’altro, che un terzo mandato del Presidente avrebbe impedito l’alternanza politica, danneggiato i diritti politici della minoranza, e alterato l’equilibrio dei poteri a favore dell’esecutivo, mettendo così in discussione la stessa separazione dei poteri.³⁸

(iii) Tuttavia, ancora nella sentenza 1200 del 2003, la Corte – ribadito che non vi sono regole o principi costituzionali intangibili, né «contenuti normativi sovra-costituzionali intoccabili» – afferma che dati «emendamenti nel loro insieme» possono costituire una modifica

³⁶ Concretamente alle norme che conferiscono poteri normativi: soprattutto il potere legislativo, inteso come creazione di norme generali. L’insieme delle norme che conferiscono poteri normativi è ciò che Kelsen chiama “costituzione materiale” (in un senso, dunque, assai diverso da quello di Mortati).

³⁷ Più precisamente: una legge che convocava un referendum di revisione.

³⁸ In proposito: Ragone, S. *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali*. Op. Cit., p. 84 ss. In questa stessa sentenza si leggono importanti osservazioni “teoriche” sulla «forma politica», la quale include, secondo la Corte, il «sistema di governo», la «forma di governo» (in particolare «repubblicana»), e il «regime politico».

di tale dimensione e importanza da sostituire, in tutto o in parte, la Costituzione originaria.

La Corte colombiana,³⁹ dunque, non si avventura qui sul terreno impervio dei principi “supremi” sovra-costituzionali, cioè paradossalmente sovraordinati alla costituzione cui pure appartengono, anzi scarta espressamente questa opzione. Avanza però l’idea che, sebbene emendare una o più disposizioni (toccare uno o più principi) costituzionali di per sé non incida sull’identità della costituzione, tuttavia una *pluralità* di emendamenti – una revisione “massiva” – possa “nel suo insieme” sostituire la costituzione.⁴⁰

La Corte imbocca, in questo modo, una via alquanto insidiosa, giacché, riecheggiando certo inconsapevolmente la dialettica hegeliana, suggerisce, se così si può dire, che la quantità possa trasformarsi in qualità: si può ben cambiare un principio costituzionale, ma non una (vasta) pluralità di principi, almeno non simultaneamente. Ciò sottintende un criterio di identità della costituzione meramente intuitivo, certo non insensato,⁴¹ ma del tutto evanescente.

(iv) In una decisione del 2011 (C-574/2011), la dottrina della Corte cambia ancora.⁴² Qui la Corte introduce la nozione di «principi strutturali», contenuti nella costituzione formale, ma caratterizzanti la «costituzione materiale». In essi giace l’identità della costituzione.

³⁹ A differenza della Corte costituzionale italiana.

⁴⁰ Per inciso: secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca, deve ritenersi revisione “totale” – e dunque sostituzione – «non solo la revisione consistente nella sostituzione dell’intero testo costituzionale, ma anche quella conseguente alla sua trasformazione progressiva attraverso una pluralità di revisioni parziali successive ed altresì quella conseguente alla modifica, o deroga, con legge costituzionale, di taluni principi fondamentali, “di costruzione” (*Bauprinzipien*, o *Baugesetze*), tra i quali il principio dello Stato di diritto e la separazione dei poteri, il principio di eguaglianza e gli altri *Grundrechte*, il principio democratico e quello federale» (Parodi, G. La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2001-2002. In: *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 4121; vedi anche Parodi, G. La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 1999-2000. In: *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 3052 s.).

⁴¹ L’emendamento, poniamo, di 100 articoli di una costituzione che ne conta 200, non avrebbe forse, intuitivamente, l’effetto di sostituire la costituzione vigente?

⁴² Per non appesantire troppo il discorso, ometto l’analisi di altre decisioni, pure rilevanti, quali C-816/2004, C-970/2004, C-1040/2005, etc. Nella sentenza C-970/2004 si legge tra l’altro: «Una cosa è alterare un principio fondamentale, altra cosa distinta è sostituire un elemento definitorio della identità della Costituzione».

La Corte distingue poi tra sostituzione totale e sostituzione parziale⁴³. La sostituzione è totale allorché la costituzione «come un tutto» è rimpiazzata da un'altra, e questa è cosa che solo il potere costituente originario (cioè il popolo) potrebbe fare. La sostituzione della costituzione è parziale allorché «un elemento essenziale definitorio della sua identità è rimpiazzato da un altro completamente distinto». La competenza del potere di revisione non si estende fino a «gli elementi fondamentali [*básicos*] o fondamenti strutturali» che identificano la Costituzione.

Dunque, non tutti i principi costituzionali indistintamente danno identità alla costituzione, ma solo certi principi caratterizzanti, “strutturali”, “essenziali”, “definitori” (cioè, sembrerebbe, i principi “supremi” della giurisprudenza costituzionale italiana).⁴⁴

La sostituzione (sia pure solo parziale) della costituzione consiste insomma nella sostituzione di uno dei suoi principi strutturali. A ben vedere, ciò è quanto dire che l'identità della costituzione giace nei principi che, appunto, la identificano. Ma quali? In mancanza della enumerazione dei principi caratterizzanti, ciò è nulla più che una tautologia, che nulla dice intorno al criterio di identità della costituzione, e lascia alla Corte una discrezionalità totale nel valutare case by case quali principi siano “strutturali” (pertanto insostituibili) e quali no.⁴⁵

8. Scrive Carlos Bernal Pulido, in un informe⁴⁶ presentato alla Corte costituzionale dell'Ecuador: «La dottrina [della Corte colombiana] ha la struttura di un argomento composto da quattro premesse e da una conclusione. Prima premessa: la competenza a controllare il rispetto del procedimento di riforma include la competenza a controllare che l'organo riformatore sia, a sua volta, competente a riformare

⁴³ Così anche in C-757/2008.

⁴⁴ Di «intangibilità dei principi coessenziali ad un ordinamento positivo», discorre Mortati, C. *Dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana*. Milano: Giuffrè, 1986 (estratto da *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962). p. 208.

⁴⁵ Tra questi – nella sentenza C-970/2004 – la Corte include, a mo' d'esempio, il principio democratico e il principio della separazione dei poteri. Principi, entrambi, che identificano la forma dello stato (in qualche senso di questa espressione).

⁴⁶ Inedito, di cui sono venuto a conoscenza grazie alla cortesia di Mauricio Maldonado Muñoz.

la costituzione. Seconda premessa: la competenza a riformare la costituzione non porta con sé la competenza a sostituirla, ma solo a modificarla. Terza premessa (che deriva dalle due precedenti): la Corte costituzionale è competente a controllare che l'organo riformatore abbia modificato, e non sostituito, la costituzione. Quarta premessa: solo un'analisi del contenuto delle riforme consente di stabilire se la costituzione sia stata modificata o sostituita. Conclusione: la competenza a verificare se la costituzione sia stata sostituita include la competenza a controllare il contenuto delle riforme costituzionali».

Nella sentenza C-1040/2005, la Corte, a sua volta, sintetizza così la sua dottrina.

- (i) La Costituzione colombiana non contiene clausole immodificabili.
- (ii) Il potere di revisione tuttavia è soggetto a limiti di competenza: «il riformatore della Costituzione non è sovrano».
- (iii) In virtù di tali limiti, il potere di revisione può emendare la costituzione, ma non sostituirla interamente: solo il potere costituente originario potrebbe sostituire la costituzione.
- (iv) Per stabilire se una data revisione sia, in realtà, una sostituzione della costituzione, è necessario prendere in considerazione i principi strutturali che le danno identità.

9. Nessuna delle decisioni qui analizzate o menzionate è stata presa, dalla Corte colombiana, all'unanimità. Tra le opinioni ora dissenzienti, ora concorrenti, meritano di essere riferite quelle del giudice Humberto Sierra Porto (HSP d'ora in avanti) relative soprattutto alle sentenze C-1040/2005 e C-141/2010.⁴⁷

HSP contesta in radice la tesi dei limiti alla revisione costituzionale, e adduce contro di essa una grande quantità di argomenti. Per comodità, li raggruppo in quattro classi (sebbene i confini tra una classe e l'altra siano alquanto approssimativi).

⁴⁷ Su di esse ha richiamato la mia attenzione Andrés Morales. Per la precisione, è *dissenting* l'opinione di HSP nella sentenza C-1040/2005, mentre è *concurring* la sua opinione nella sentenza C-141/2010, di cui lo stesso HSP è estensore (!).

(i) Tre argomenti interpretativi.

Anzitutto, HSP sostiene (argomento letteralista) che la tesi dei limiti alla revisione è in contrasto con il tenore letterale dell'art. 241 della Costituzione (e come dargli torto?): estendendo il controllo della Corte al contenuto delle leggi di revisione, si priva l'espressione "vizi di procedimento" del suo «senso naturale, derivato dalle accezioni del linguaggio comune e del linguaggio giuridico».

Inoltre, sostiene (argomento a *contrario*) che, poiché la Costituzione non indica tassativamente i limiti di contenuto cui è soggetta la revisione, «si deve ritenere che essi non esistano» affatto.

Infine, sostiene (argomento originalista-intenzionalista) che la tesi in questione è in contrasto con l'intenzione originaria del costituente, giacché nell'ordinamento costituzionale precedente la Corte suprema di giustizia, che fungeva da organo di giustizia costituzionale, riteneva vi fossero limiti alla revisione; e risulta dai lavori preparatori della Costituzione del 1991 che i costituenti intendevano reagire precisamente a questo orientamento giurisprudenziale, limitando di conseguenza le attribuzioni della Corte costituzionale.

(ii) Un argomento logico.

Il ragionamento della Corte, sostiene HSP, è intrinsecamente contraddittorio, giacché: per un verso, in ossequio alla lettera della Costituzione, nega che vi siano clausole costituzionali pietrificate, e dunque limiti materiali alla revisione; ma, per un altro verso, afferma che vi sono in Costituzione «elementi strutturali» immodificabili, il che converte siffatti elementi strutturali in clausole pietrificate. La figura dei "vizi di sostituzione" della costituzione si risolve precisamente in quel controllo materiale sul contenuto delle leggi di revisione, espressamente proibito dall'art. 241, come la stessa Corte riconosce, e non si vede come si possa esercitare un controllo siffatto se non vi sono limiti materiali al potere di revisione. I limiti alla revisione attengono «solo al procedimento di deliberazione, non al contenuto delle decisioni».

(iii) Quattro argomenti dogmatici (di "teoria" costituzionale).

HSP, anzitutto, rifiuta la distinzione, o almeno una distinzione netta, tra potere costituente e potere di revisione. Il potere di revisione, a suo avviso, è – benché derivato, non originario – genuino potere costituente. Il che è quanto dire che non è soggetto a limiti sostanziali. Certo, «una volta instaurata una costituzione, tutto l'esercizio del potere costituente è derivato o costituito, poiché deve operare entro i limiti [di procedimento] imposti nel testo costituzionale». Ma anche la revisione spetta, in definitiva, «al titolare della sovranità, cioè al popolo, secondo i casi direttamente o attraverso organi da esso eletti».⁴⁸

Per conseguenza, secondo HSP, la tesi dei limiti taciti alla revisione si risolve in una alterazione del principio di sovranità popolare e in una indebita limitazione della sua estensione.

Inoltre, secondo HSP, la tesi degli elementi strutturali imm modificabili ha il torto di cambiare «in modo radicale e profondo» il concetto stesso di costituzione: dalla costituzione formale (scritta) alla cosiddetta «costituzione materiale».

Infine, sostiene HSP che «il parametro di validità di una riforma costituzionale non può essere l'ordinamento costituzionale preesistente, precisamente perché in quel caso non si avrebbe [alcuna] riforma».

⁴⁸ Sia detto per inciso: la distinzione tra potere costituente e potere di revisione non mi pare discutibile. La nozione di potere costituente si definisce, banalmente, per opposizione a quella di potere costituito. Si dice «costituito» ogni potere «legale», ossia conferito e disciplinato da norme positive (ed esercitato, almeno *prima facie*, in conformità ad esse). Le norme che promanano da un potere costituito trovano il loro fondamento dinamico di validità nelle norme sulla produzione giuridica dell'ordinamento positivo di cui si tratta. Si dice per contro «costituente» il potere che di fatto instauri una «prima» costituzione, ossia una costituzione che non trova il suo fondamento di validità (e legittimità) in una costituzione precedente. Il potere costituente è banalmente il *fatto* politico da cui la (prima) costituzione nasce. Una prima costituzione è insomma una costituzione emanata *extra ordinem* – frutto di rivoluzione (in senso ampio) – e pertanto priva di fondamento di validità in norme (le eventuali norme sulla produzione costituzionale) proprie dell'ordinamento costituzionale precedente. Con il corollario che la prima costituzione è né valida, né invalida, nell'ambito dell'ordinamento di cui essa è costituzione. Il criterio di esistenza giuridica della prima costituzione è l'effettività. Il concetto di revisione costituzionale suppone che il testo costituzionale, pur emendato, conservi tuttavia la sua identità (come un uomo non perde la sua identità quando gli si amputi o gli si trapianti un arto, così la costituzione non perde la sua identità quando sia sottoposta a revisione). Per contro, il concetto di instaurazione costituzionale suppone che la costituzione preesistente sia sostituita, e che dunque la costituzione vigente cambi identità. Insomma, è del tutto sensato sostenere che la revisione costituzionale non possa alterare l'identità della costituzione, senza con ciò tramutarsi in potere costituente. Il problema in discussione è non se il potere costituente sia altra cosa dal potere di revisione, ma quale sia il criterio di identità della costituzione, e pertanto il criterio di distinzione tra l'uno e l'altro.

(iv) Due argomenti politici.

Il “giudizio di sostituzione”, osserva HSP, ha natura politica ed è intrinsecamente soggettivo – «dipende interamente dalla volontà dell’interprete», dal «libero apprezzamento del giudice» in ciascun caso concreto – giacché non si fonda su alcuna norma giuridica preesistente, che definisca (e proibisca) la “sostituzione” della costituzione. È pertanto un «tipico esercizio del criticato decisionismo giudiziale».

In questo modo, la Corte mette in discussione le stesse fondamenta democratiche del sistema politico colombiano, poiché «un corpo giudiziale si arroga la potestà di decidere quali questioni possano essere sottoposte alla decisione popolare».

10. Per concludere questa analisi programmaticamente inconcludente, osserverò soltanto che a mio modo di vedere il problema della identità di una costituzione può essere affrontato in sede teorica da due punti di vista, molto diversi ma complementari: quello della teoria politica e quello della teoria giuridica, rispettivamente.

(i) Dal punto di vista politico, si può convenire che ogni costituzione si identifichi per il modo in cui disegna l’organizzazione dei pubblici poteri. Sono rilevanti in tal senso: il modo di formazione dei supremi organi costituzionali; il modo in cui sono distribuite tra di essi le funzioni giuridiche fondamentali; il modo in cui sono disciplinati i loro reciproci rapporti.

Ma naturalmente i confini tra un tipo di organizzazione politica e un altro sono labili. È facile mostrarlo con qualche semplice esempio. Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il controllo di costituzionalità sulle leggi altera o no l’identità della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il rapporto fiduciario tra governo e parlamento altera o no l’identità della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il suffragio universale nella designazione del capo dello stato altera o no l’identità della costituzione? È evidente che qualunque risposta a domande di questo tipo suppone una valutazione lato sensu politica.

(ii) Dal punto di vista giuridico, il problema della identità di una costituzione ammette, dopo tutto, anche una risposta molto semplice e completamente diversa da tutte quelle fin qui incontrate: una risposta che non suppone alcun giudizio di valore sul contenuto della revisione.

Una costituzione può essere concepita banalmente come un *insieme* di disposizioni.⁴⁹ Conferire all'una o all'altra disposizione (o alla norma da essa espressa) un valore superiore alle altre, istituendo così una gerarchia assiologica tra disposizioni (o norme) di una medesima costituzione, può solo essere frutto di un giudizio di valore.

Ma, se prescindiamo da ogni valutazione, il punto interessante è che un insieme può essere modificato in tre modi: aggiungendo un elemento, sottraendo un elemento, o sostituendo un elemento (la sostituzione essendo, ovviamente, una combinazione di addizione e sottrazione).⁵⁰ Addizione, sottrazione, e sostituzione hanno, tutte, l'effetto di cambiare l'insieme, e dunque di alterarne estensionalmente la "identità".⁵¹

Sicché, ove la costituzione sia considerata come un insieme di disposizioni, ogni emendamento (additivo, soppressivo, o sostitutivo) produce una costituzione distinta dalla precedente.

Con questo non si vuol dire che ogni revisione costituzionale⁵² costituisca di per sé "instaurazione di una nuova costituzione", che sarebbe un modo troppo enfatico di descrivere la cosa. Si vuol dire, con sano formalismo, che la distinzione tra revisione costituzionale e instaurazione costituzionale, tra potere costituente e potere (costituito) di revisione, può essere cercata non nel contenuto dei relativi atti normativi, ma nella loro "forma".⁵³

⁴⁹ Naturalmente, tali disposizioni sono soggette a interpretazioni confliggenti e mutevoli nel tempo. E, in un senso, si può ben dire che ogni nuova interpretazione costituzionale modifichi la costituzione esistente (vedi ad es. Bartole, *S. Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*. Bologna: Il Mulino, 2004). Ma, quando si discorre di revisione costituzionale, il mutamento della costituzione per via di interpretazione non è rilevante, giacché una revisione costituzionale consiste nell'emendare il *testo*.

⁵⁰ È, questa, una nozione elementare di teoria degli insiemi.

⁵¹ Cfr. Bulygin, E. *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 76 ss.

⁵² E ancora meno ogni nuova interpretazione del testo.

⁵³ Scrive Kelsen: «Lo Stato rimane lo stesso anche se la sua costituzione viene modificata per via giuridico-positiva, vale a dire nelle forme prescritte dalla costituzione stessa. La modificazione può

Qualunque emendamento, per quanto incida in profondità sul testo previgente, se attuato nelle forme che la stessa costituzione prevede, costituisce mera revisione, sicché non altera l'identità costituzionale. Qualunque emendamento attuato *extra ordinem*, per quanto politicamente banale, costituisce esercizio di potere costituente, e per ciò stesso interrompe la continuità dell'ordinamento.

Naturalmente, possono darsi casi “difficili”, in relazione ai quali è discutibile se una data revisione sia stata compiuta nelle “forme” dovute o invece *extra ordinem*.

Un buon esempio è il seguente. L'art. 11 della costituzione francese (1958) consente al Presidente della Repubblica di sottoporre direttamente a referendum un progetto di legge «relativo all'organizzazione dei pubblici poteri». La stessa costituzione, però, disciplina altrove, in modo del tutto differente, la revisione costituzionale; sicché sembra ovvio, in sede di interpretazione cognitiva, che l'art. 11 non si applichi a progetti di legge di revisione costituzionale. Nondimeno, come si sa, nel 1962 il generale De Gaulle si avvale (o pretese di avvalersi) dell'art. 11 per sottoporre a referendum precisamente un progetto di revisione costituzionale (relativo alla elezione del Presidente a suffragio universale), interpretando l'espressione “organizzazione dei pubblici poteri” come sinonimo di “costituzione” (in senso “materiale”). Interpretazione che a tutti parve non plausibile e imprevedibile, e pertanto “creativa”. Semplice revisione o genuino esercizio di potere costituente?

essere incisiva quanto si vuole, però – se avviene in modo conforme a quanto prescritto – non vi è assolutamente alcuna ragione per supporre che con la costituzione modificata sia sorto un nuovo Stato. Soltanto se la modificazione della costituzione ha luogo in forma di rottura della costituzione [...] allora si può parlare di un nuovo Stato» (Kelsen, H. *Dottrina generale dello Stato*, 1925, trad. it. Milano: Giuffrè, 2013. p. 563). E ancora: «Occorre distinguere fondamentalmente due casi. Nel primo caso la costituzione viene modificata alle condizioni da essa stessa sancite [...]; per esempio, una monarchia assoluta viene trasformata, con una legge del monarca, in una monarchia costituzionale. La continuità del diritto è garantita [...]. Il secondo caso, diverso in linea di principio dal primo, è quello di una trasformazione rivoluzionaria della costituzione, cioè attraverso una rottura della costituzione esistente. Il criterio decisivo è questo, indipendentemente dal fatto che la modifica costituzionale sia più o meno profonda» (Kelsen, H. *Il problema della sovranità*, 1920, trad. it. Milano: Giuffrè, 1989. p. 347). Sul punto Cfr. Ross, A. *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones lógico-dogmáticas*, 1929, trad. sp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. p. 434 ss.

CAPÍTULO 3

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y RETOS INDIVIDUALES Y DE PROTECCIÓN COLECTIVA EN EL SISTEMA EUROPEO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*

Luis-Andrés Cucarella Galiana**

INTRODUCCIÓN

Es cierto que el modelo europeo de justicia constitucional concentrada presenta un gran número de aspectos que son dignos de estudio.¹ Son muchos los desafíos a los que ha habido que responder a lo largo de los años, y de los que depende que se articule debidamente un sistema de justicia constitucional. Cada uno de estos desafíos históricos podría ser objeto de una ponencia diferenciada. No obstante, vamos a hacer referencia, brevemente, a cada uno de ellos. Posteriormente, analizaremos cómo se ha ido gestando y evolucionando el modelo europeo, para así, retomar algunos de estos

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación número de referencia DER2015-69722-R (MINECO/FEDER).

** Profesor titular de universidad, acreditado para catedrático de Universidad. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y Valencia. Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal. Universitat de València (Estudi General), España. luis.a.cucarella@uv.es

¹ Sobre el sistema europeo de control de constitucionalidad, Groppi, T.; Celotto, A.; Olivetti, M. *La Justicia constitucional en Europa*. FUNDap, 2004; Agudo Zamora, M. J. El modelo institucional europeo de justicia constitucional. En: Pérez Tremps, P. (coord.). *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2007. pp. 219-242.

desafíos históricos y concretar cuáles son las perspectivas que se abren de cara al futuro.²

En el siguiente apartado vamos a analizar cuáles han sido las diferentes posturas sostenidas para garantizar la primacía de la constitución y sobre quién debe defenderla. De igual modo, aportaremos algunas claves para entender por qué el modelo mayoritario existente en Europa es de justicia constitucional concentrada. Los desafíos históricos a los que nos vamos a referir a continuación, dan por sentada la opción por el modelo concentrado. En ese ámbito es en el que nos movemos en nuestra exposición.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: DESAFÍOS HISTÓRICOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EUROPEO

1.1. Concreción de los cauces a través de los cuales se puede controlar la constitucionalidad de las normas

En la construcción del sistema de justicia constitucional en Europa (una vez que se ha tomado la opción por el modelo concentrado), una de las primeras cuestiones que se ha debido atender es la relativa a cuáles son los cauces a través de los que se controla la adecuación de las normas al texto constitucional. Luego tendremos ocasión de analizar las aportaciones de Hans Kelsen al respecto, pero, evidentemente, la elección de estos cauces resulta esencial.

Aquí, puede hablarse de la existencia de dos grandes modelos.³ Por un lado, el control en abstracto, en virtud del cual se enjuicia si una norma es constitucional o no, sin que haya sido necesaria su aplicación en un caso concreto.⁴ Inmediatamente a continuación, de la mano

² Sobre algunas de estas cuestiones, en doctrina puede verse, Mezzetti, L. Sistemas y modelos de Justicia constitucional a los albores del siglo XXI. En: *Estudios constitucionales. Centro de Estudios constitucionales de Chile*. Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009. pp. 281-300.

³ En general, sobre estos dos modelos, Huerta Ochoa, C. La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. En: *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003. pp. 927-950; Pulido Ortiz, F. E. Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. En: *Revista Prolegómenos--Derechos y valores*, volumen XIV, núm. 27, julio-diciembre 2011. pp. 165-180.

⁴ En el caso español, el control en abstracto se hace a través del mal llamado *recurso de inconstitucionalidad*. Decimos que es un mal llamado recurso porque, en sentido estricto, es un

de esta cuestión, surge la duda de concretar quién tiene legitimación activa para ejercitar esta acción,⁵ o si debe sujetarse a plazo el ejercicio de la misma.⁶ En este punto, y por influencia kelseniana, en Europa no se contemplan, con carácter general, sistemas de acción popular en el ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad, situación que contrasta claramente con la existente en otros ordenamientos de América Latina.

El otro modelo es el del control en concreto⁷. En este supuesto, las dudas de inconstitucionalidad surgen porque esa norma debe aplicarse en un caso concreto y el operador jurídico no tiene claro que la misma respete la constitución. El problema surge a la hora de concretar qué operador jurídico es el que puede plantear la duda de inconstitucionalidad, de hecho, también Kelsen abordó directamente esta cuestión.

En la línea de lo que estamos exponiendo, suele ser frecuente que los ordenamientos jurídicos europeos en los que se ha adoptado un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las normas, atribuyan a los jueces de la jurisdicción ordinaria una función de colaboración con el tribunal constitucional en el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico. Nos explicamos. Estos jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas, tampoco pueden dejar de aplicarla en el caso concreto. Sin embargo, se les permite que puedan

proceso autónomo que se sigue ante el TCE para el enjuiciamiento de si una norma se adecua o no a la Constitución. A dicho “recurso” se refiere el art. 161.1 a) de la CE/1978. En concreto, el artículo citado establece cuál es la competencia del TCE. En lo que al proceso de inconstitucionalidad, se indica que el TCE tiene competencia para conocer “del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

⁵ Sobre la legitimación para el ejercicio de esta acción, el art. 162.1 a) CE dispone que están legitimados “para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el presidente del Gobierno, el defensor del pueblo, 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y, en su caso, las asambleas de las mismas”.

⁶ La CE no establece plazo para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, sin embargo, dicho plazo está previsto en la LOTC. El art. 33.1 LOTC dispone que “el recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional (...)”.

⁷ En general, sobre este modelo, Vélez, J. M. El control concreto de constitucionalidad. En: *Revista Jurídica de Derecho Público*, tomo 5, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. pp. 19-75.

suspender el proceso y plantear esa duda al tribunal constitucional.⁸ En este caso, inmediatamente a continuación debe concretarse si cualquier juez de la jurisdicción ordinaria puede plantear esta cuestión, o solamente los de rango superior, o también surge la duda de si las partes pueden solicitar al juez que plantee dicha cuestión y cuál es el grado de vinculación del juez a dicha petición.

1.2. Determinación del momento en que puede controlarse la constitucionalidad de una norma

Un segundo aspecto, en el que merece la pena detenerse, en esta primera aproximación a los desafíos históricos del sistema europeo mayoritario de control de constitucionalidad de las normas, es el relativo a la concreción del momento en que una norma puede ser controlada por inconstitucionalidad. En este caso, podemos hablar tanto de un sistema de control *a priori*, como de control *a posteriori*. El primero de ellos permite la intervención del correspondiente tribunal constitucional antes de la publicación y entrada en vigor de la norma. El modelo de control *a posteriori* implica que la norma solamente puede ser controlada una vez que la misma haya sido promulgada.

1.3. Designación de los magistrados

El tercer punto en el que el modelo europeo ha presentado un desafío importante es el relativo a concretar cómo o quién designa a los magistrados de los diferentes tribunales constitucionales. En este ámbito está en juego el prestigio y el buen nombre de los mismos. Muchas veces se habla de la necesidad de garantizar un colegio de magistrados realmente independiente, o que no esté politizado, siendo esta una de las discusiones más relevantes cuando se estudia cualquier modelo de control concentrado de control de constitucionalidad. En definitiva, la concreción del estatuto de los magistrados de los

⁸ En el caso español, el art. 29.1 LOTC dispone que “la declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante:

a) El recurso de inconstitucionalidad.

b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales”.

El art. 35.1 LOTC dispone que “cuando un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

tribunales constitucionales, en temas tales como los del número de sus miembros, o sistema de selección, son cuestiones especialmente sensibles y sobre las que todavía, a día de hoy, sigue estando abierto el debate sobre la mejor solución. Este desafío histórico sigue abriendo nuevas perspectivas de futuro a las que hay que atender.

1.4. Competencia

Un cuarto ámbito que también es digno de atención es el relativo a la concreción de la competencia de los tribunales constitucionales. Es decir, qué asuntos o procesos les encomienda el ordenamiento jurídico. En este punto, surge la discusión de si, además de conocer los procesos en los que enjuicien si una norma es constitucional o no, es conveniente atribuirles otros asuntos diferentes. En este caso, merece la pena analizar si es conveniente la atribución de los procesos de amparo por violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Si bien, esta no es una práctica generalizada en el ámbito europeo, existen ordenamientos jurídicos cuya regulación presenta gran interés. Nos referimos, principalmente, a los casos de los ordenamientos jurídicos alemán, austriaco y español.

Como hemos señalado al principio de esta introducción, cada uno de estos temas podría ser objeto de análisis en diferentes ponencias. Cada tema expuesto es un claro desafío que históricamente ha presentado y sigue presentando el sistema europeo de justicia constitucional. Sin embargo, creemos que como cuestión previa al estudio de todas estas cuestiones está la de entender adecuadamente cuál ha sido el origen y la evolución de los sistemas de justicia constitucional en Europa. Evidentemente, no pretendemos analizar todas las situaciones existentes en el Viejo Continente. Sin embargo, nos va a permitir entender muchos de los desafíos que históricamente ha presentado el modelo europeo de justicia constitucional concentrado. Subrayamos esta cuestión porque si bien este es el sistema mayoritario, no podemos desconocer que hay países europeos que tienen un sistema de control difuso de control de constitucionalidad.⁹ No obstante, nuestra atención

⁹ Véase al respecto, Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 17, en la que recoge algunos de los países europeos que tienen un sistema difuso de control de constitucionalidad: Dinamarca, Finlandia; Grecia, Irlanda, Noruega,

irá dirigida al análisis de los aspectos relativos al sistema europeo por excelencia.

El análisis de esta evolución histórica nos permitirá concretar cuáles son algunas de las perspectivas de futuro con las que se puede abordar el estudio del modelo europeo de justicia constitucional.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA EUROPEO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

2.1. Introducción del control difuso en los EEUU

No es objeto de esta ponencia el estudio del modelo norteamericano de control de constitucionalidad de las normas, ni siquiera, para llevar a cabo un estudio comparativo con el europeo.¹⁰ Sin embargo, por contraste con la situación existente en Europa en el mismo periodo de tiempo, queremos hacer referencia, brevemente, al primero de los modelos citados.

En este sentido, llama la atención que en los EEUU, a los pocos años de la obtención de su independencia, entrara en funcionamiento un sistema de control de constitucionalidad de las normas. Su Constitución de 1787 no regulaba este sistema de control. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en virtud de la sentencia de febrero de 1803, *Marbury versus Madison*, acabó introduciendo un sistema difuso de control de constitucionalidad.¹¹

Desde nuestro punto de vista, creemos que la introducción de este sistema en tan breve lapso, se debió a dos grandes factores. Por un lado, la ausencia de desconfianza a la labor desempeñada por los jueces, situación que permitió que, con facilidad, los jueces de la jurisdicción

Suecia y Suiza. Por su parte, tiene un sistema mixto de control concentrado y difuso, Portugal, Chipre y Malta, por ejemplo.

¹⁰ Sobre estos modelos, puede verse Ruiz, M. A. Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000. pp. 145-160.

¹¹ Para un estudio de esta sentencia, Celotto, A. La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, 2004. pp. 4-5; Valdés, C., *Marbury vs. Madison*. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, 2005, pp. 313-345; Amaya, J. A. “*Marbury vs. Madison*” o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución. En: *Revista de estudios jurídicos*, núm. 10, 2010. pp. 105-130.

ordinaria pudieran decidir no aplicar a un caso concreto una norma por entenderla sospechosa de inconstitucionalidad.¹²

Y, por otro lado, no debe pasarse por alto que el sistema de control difuso ya existía con anterioridad a la independencia, pero para garantizar la adecuación de las normas al derecho del Imperio británico. Por lo tanto, el mecanismo judicial de actuación ya existía, y donde antes se controlaba el respeto al derecho imperial (entendido como norma suprema a la de las colonias), ahora se pasaba a garantizar el respeto a la Constitución (entendida como norma suprema interna).¹³

2.2. La Europa del siglo XIX y la ausencia de sistemas de control de constitucionalidad de las normas

Si echamos la vista a la situación existente en Europa a lo largo del siglo XIX, no podemos hablar de la existencia de ningún sistema de control de constitucionalidad de las normas. Evidentemente, en los países donde sigue habiendo una monarquía absoluta, ni siquiera nos podemos plantear esta cuestión. Pero en los países en los que hay una constitución de corte liberal, tampoco se puede hablar de la existencia de sistema de control de constitucionalidad. Al respecto, debe tenerse presente que en la concepción liberal decimonónica, los jueces no pueden interferir en el proceso político.¹⁴ Su papel quedaba limitado a resolver las controversias que surgieran en el ámbito del derecho privado, y al enjuiciamiento de las infracciones penales.¹⁵ Ello implica que los jueces no pueden controlar la legalidad de los actos de la administración pública, ni tampoco la constitucionalidad de las normas emanadas del parlamento.

Esta concepción arranca de la división de poderes que en su día formuló Montesquieu.¹⁶ Es verdad que esta teoría se formuló con

¹² Sobre estas consideraciones, Carbonell Sánchez, M. Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006. p. 298.

¹³ Sobre el contexto en el que se dicta esta sentencia, Carbonell Sánchez, M. Marbury versus Madison. Op. Cit., p. 297.

¹⁴ Véase, Olarieta Alberdi, J. M. La separación de poderes en el constitucionalismo burgués. En: *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y jurídicas*, núm. 4, 2011. pp. 331-469.

¹⁵ Ortells Ramos, M.; Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J., et al. 2ª ed. *Introducción al Derecho Procesal*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2011. p. 78.

¹⁶ Véase en este sentido, Montesquieu, C. L. *El espíritu de las leyes*. Ediciones Istmo, 2002.

el objeto de repartir el poder y garantizar la libertad. Para ello, era preciso despojar al monarca del poder absoluto y repartirlo. El reparto se pretendía llevar a cabo de la siguiente manera: el poder ejecutivo quedaba en manos del monarca y su gobierno; el poder legislativo, en manos de la burguesía que estaría representada en el parlamento, y el poder judicial, en manos del pueblo que actuaría a través de tribunales ocasionales que se constituirán para el enjuiciamiento de hechos criminales y para la resolución de controversias privadas.¹⁷

Si aparentemente puede entenderse que hay un reparto equitativo del poder, subrayamos dos aspectos que consideramos esenciales. Por un lado, nótese que mientras los poderes ejecutivo y legislativo son permanentes, el judicial no lo es, pues los tribunales populares se constituirían ocasionalmente. Por otro lado, el ámbito de actuación del poder judicial queda limitado a esas dos facetas a las que me nos hemos referido. Como ya hemos subrayado, ni controla los actos del poder ejecutivo, ni las leyes emanadas del parlamento.

Esta teoría, en su aplicación práctica, condujo a que el poder judicial partiera de una situación de inferioridad en relación con los otros poderes del Estado, y a la larga, aun cuando la labor jurisdiccional pasara a ser asumida por jueces profesionales, y no por jueces legos, esa situación de inferioridad posibilitó que el poder ejecutivo acabara apoderándose del poder judicial. Es decir, a lo largo del siglo XIX (y también a principios del XX) no podemos hablar de la existencia de un verdadero poder judicial independiente del resto de poderes del Estado. Los Gobiernos correspondientes acabaron controlando los aspectos relativos al ingreso en la carrera judicial, promociones, traslados, jubilaciones y régimen disciplinario, entre otros. Y, al respecto, hay que tener presente que estos son los instrumentos con los que puede controlarse indirectamente a los jueces y evitar que sean realmente independientes.¹⁸

¹⁷ Ortells Ramos, M.; Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J., *et al. Introducción al Derecho Procesal*. Op. Cit., p. 78.

¹⁸ Ibid. pp. 80-81.

Sobre la división de poderes y su aplicación práctica en la actualidad, Carmona Tinoco, J. U. La división de poderes y la función jurisdiccional. En: *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, núm. 9, 2007. pp. 45-78; Ferrajoli, L. La esfera de lo indecible y la división de poderes. En:

Este hecho de que históricamente no se pueda hablar de unos jueces realmente independientes en Europa, creemos que será un factor decisivo en la implementación del sistema concentrado de control de constitucionalidad.¹⁹ Mientras en los EEUU de Norteamérica se parte de una posición de confianza en la labor desarrollada por los jueces y en su papel de protectores de los derechos de los ciudadanos, en Europa existe una posición de recelo a la labor desempeñada por los jueces y magistrados. Ese recelo se da, sobre todo, por la manifiesta injerencia del poder ejecutivo en la esfera del poder judicial.²⁰

2.3. El periodo de entreguerras

A) El nuevo orden político y jurídico en Europa

Con esta situación que hemos descrito, se llega en Europa a principios del siglo XX. Tras el fin de la I Guerra Mundial, se creó un nuevo orden político, geográfico y también jurídico.

La I Guerra Mundial se prolongó desde el 28 de julio de 1914, al 11 de noviembre de 1918. Una de las consecuencias que trajo consigo esta guerra fue el desmoronamiento de varios imperios: el alemán,

Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 6, núm. 1, 2008. pp. 337-343.

¹⁹ Sobre otras interpretaciones sobre esta cuestión, Ahumada Ruiz, M. *La Jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Thomson Civitas, 2005. pp. 243-261.

²⁰ Es evidente que esta preocupación es la que subyace en el texto constitucional español, por ejemplo, cuando el artículo 117.1 CE proclama la independencia como atributo personal de cada juez o magistrado. En este sentido, el art. 117.1 CE dispone que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

Sobre la independencia judicial como atributo personal de cada juez y magistrado, Ortells Ramos, M.; Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J., *et al. Introducción al Derecho Procesal*. Op. Cit., p. 62.

También puede verse sobre la nota de la independencia, Ruiz Vadillo, E. La Constitución, la independencia de los jueces y magistrados y el acceso a la carrera judicial. En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1984. pp. 992-996; Ruiz Vadillo, E. La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución española. En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 1996. pp. 1640-1642.

Por otro lado, cuando el artículo 122.2 CE atribuye al Consejo General del Poder Judicial, que es el órgano de gobierno de la jurisdicción ordinaria, la competencia en materia de “nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario” de jueces y magistrados. Sobre la existencia de un órgano de gobierno del poder judicial como garantía de la independencia, Ortells Ramos, M.; Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J., *et al. Introducción al Derecho Procesal*. Op. Cit., pp. 77-84. También puede verse, Rodríguez Vega, L. Independencia de los jueces y gobierno del poder judicial. En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 77, 2007. pp. 57-74.

ruso, otomano y austrohúngaro. Ello implicó una reordenación de las fronteras en Europa y la aparición de nuevos Estados. Así, por ejemplo, el Imperio austrohúngaro fue disuelto, dando paso a la creación de los Estados de Austria, Hungría, Checoslovaquia, y con pérdida de parte de su territorio en beneficio de Italia, Polonia o Yugoslavia.

El Imperio alemán, por su lado, se vio muy mermado territorialmente, así como económicamente, dadas las condiciones impuestas por las potencias vencedoras en el Tratado de Versalles.

Desde un punto de vista jurídico, interesa subrayar que tras la I Guerra Mundial se introdujeron en Europa las primeras constituciones de corte democrático,²¹ y con ellas, la discusión sobre la necesidad de garantizar la supremacía del texto constitucional. El objetivo de la discusión era claro. Se trataba de garantizar que la constitución política de un Estado fuera realmente su norma suprema, sin que las fuerzas políticas con presentación parlamentaria la puedan vaciar o dejar sin contenido por el hecho de aprobar leyes que contradigan lo previsto en la constitución.²²

B) La defensa de la constitución propuesta por Carl Schmitt

Las discusiones doctrinales acerca de la defensa de la constitución se llevaron a cabo a principios del siglo XX.²³ En las primeras décadas de ese siglo surge una importante discusión teórica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, acerca de cómo debería defenderse la constitución y, en su caso, quién es el que la debería proteger.²⁴

²¹ Gusy, C. Las constituciones de entreguerras en Europa central. En: *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 2, 2000 (ejemplar dedicado a: Modelos constitucionales en la historia comparada). pp. 593-625.

²² Puede verse al respecto, Álvarez Álvarez, L. La defensa de la Constitución durante el periodo de entreguerras. En: *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 7, 2006. <http://hc.rediris.es/07/index.html>. pp. 235-236.

²³ Sobre estas cuestiones, Celotto, A. La justicia constitucional en el mundo. Op. Cit., pp. 6-7.

²⁴ Al respecto, Celotto, A., La justicia constitucional en el mundo. Op. Cit., pág. 7, afirma que “las de Schmitt y Kelsen son dos visiones política, histórica y jurídicamente muy diversas de la constitución y del papel del guardián, por un lado, entendido como defensa contra la amenaza a la existencia misma de la unidad constitucional, por el otro, como control sobre la <regularidad constitucional> de los actos en los cuales se desarrolla cotidianamente la vida en sociedad”.

Fruto de esta discusión, podemos encontrar dos grandes modelos propuestos. Por un lado, Carl Schmitt, en el contexto de la Constitución alemana de Weimar de 1919,²⁵ por otro lado, Hans Kelsen.²⁶ En la medida en que este último ha sido decisivo en la implementación de los modelos de justicia constitucional concentrada, nos vamos a centrar en el análisis de sus aportaciones. No obstante, brevemente, vamos a hacer referencia a las de Schmitt.

Este proponía que la Constitución fuera defendida por el jefe del Estado, ya que sostenía que esta opción permite hablar de una mayor legitimidad democrática.²⁷ En efecto, afirmaba:

“Que el presidente del *Reich* sea el protector de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El presidente del *Reich* es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el *Reichstag* y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una <apelación al pueblo>. Haciendo al presidente del *Reich* centro de un sistema de instituciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadoras en orden a la política de partidos, la vigente Constitución del *Reich* trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y garantizar la unidad del pueblo como conjunto político”.²⁸

A la legitimidad democrática, Schmitt también suma el hecho de que ese control llevado a cabo por el jefe del Estado ofrece mayores garantías de independencia. En efecto, afirmaba:

“La posición que actualmente ostenta el presidente del *Reich*, según el derecho positivo de la Constitución de Weimar, en el sistema integral de la organización del *Reich*, puede explicarse, por consiguiente, con ayuda de la teoría de un <poder neutral, mediador, regulador y tutelar>. Más allá de este sector todavía, la fórmula de un <poder

²⁵ Debe tenerse presente que la Constitución de Weimar de 1919 instauró un tribunal constitucional como órgano de resolución de conflictos entre el Gobierno central y los Estados miembros. Véase al respecto, Steinberger, H. Algunos rasgos fundamentales de la justicia constitucional en la República Federal de Alemania. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 51, mayo-junio 1986. p. 9.

²⁶ Para un estudio de las aportaciones de este autor, Ahumada Ruiz, M., *La Jurisdicción constitucional en Europa*. Op. Cit., pp. 261-283.

²⁷ En doctrina puede verse, Celotto, A., *La justicia constitucional en el mundo*. Op. Cit., p. 6.

²⁸ Schmitt, C. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983. p. 250.

neutral> imaginado inicialmente de modo exclusivo para el jefe del Estado (...) puede ampliarse al ámbito general de la teoría política y aplicarse al Estado en su conjunto”.²⁹

Con el planteamiento expuesto, sostiene que los jueces no deben controlar la constitucionalidad de las normas, ya que tanto en un sistema difuso como concentrado ello conduciría a la politización, además de implicar una invasión de las competencias del parlamento. En la concepción que estamos analizando, el contrapeso al parlamento no deben ofrecerlo los jueces. Como hemos señalado, dicho contrapeso lo debe ofrecer el jefe del Estado, puesto que tiene mayor legitimidad democrática que los miembros del poder judicial, que Schmitt califica como la “aristocracia de la toga”, carente de dicha legitimidad y que no debe invadir las competencias propias del parlamento.

En todo caso, resulta interesante reproducir las palabras de Schmitt con las que niega que los jueces tengan legitimidad para el control constitucional de las normas:

“La necesidad de instituciones estables y de un contrapeso al Parlamento representa en la Alemania actual un problema de naturaleza distinta que anteriormente el control del monarca. Ello puede aplicarse tanto al derecho de control general, difuso, de los jueces, como al control concentrado en unas o la instancia. Mediante la concentración de todos los litigios constitucionales en un solo tribunal constituido por funcionarios profesionales inamovibles e independientes por tal causa, se crearía una segunda cámara cuyos miembros serían funcionarios profesionales. Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante tribunal de justicia política o constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: traslada tales funciones a la aristocracia de la toga”.³⁰

C) La supremacía de la constitución y la aportación de Hans Kelsen

Frente al planteamiento al que acabamos de referirnos, nos encontramos con la postura de Hans Kelsen. Obviamente,

²⁹ *Ibíd.* p. 225.

³⁰ *Ibíd.* p. 245.

excederíamos el objetivo que nos hemos marcado en esta ponencia si entráramos a analizar de manera exhaustiva las aportaciones de este autor. Sin embargo, creemos que es conveniente que brevemente nos detengamos en el análisis de sus principales aportaciones. Los temas a los que vamos a prestar atención son los que a día de hoy siguen teniendo gran impacto en la realidad jurídica europea y mundial cuando se estudian los aspectos relativos a la justicia constitucional concentrada.

a) Ni el poder legislativo ni el ejecutivo deben controlar la constitucionalidad de las normas

El planteamiento del que parte Hans Kelsen es radicalmente opuesto al que hemos descrito anteriormente. De entrada, considera que el control de constitucionalidad de las normas no puede desempeñarse ni por el poder legislativo ni por el ejecutivo. Ambos participan en el procedimiento legislativo y, obviamente, no puede encomendarse a un órgano de alguno de esos poderes dicho control. La razón es evidente: por un lado, el poder legislativo es el que elabora las leyes, por otro, el ejecutivo es el que las aplica, e incluso puede impulsar el proceso de elaboración de las normas. Por otra parte, reconoce que el jefe del Estado al que Schmitt se refiere como garante de la constitución, puede ser elegido democráticamente, pero esa elección no escapa al juego de las fuerzas políticas y, por lo tanto, no actuaría con la debida independencia. En este sentido, afirma:

“La cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto, fuera de discusión. Su independencia frente al parlamento como frente al Gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el parlamento y el Gobierno los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional”.³¹

b) El control debe estar en manos de la jurisdicción: el tribunal constitucional como legislador negativo

³¹ Kelsen, H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Tamayo y Salmorán, R., (trad). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 55-56.

Descartado que sea algún órgano de los poderes legislativo o ejecutivo el que controle la constitucionalidad de las normas, Kelsen propone que sea la jurisdicción, pues ese control entra perfectamente en el ámbito de lo que es la labor jurisdiccional.

Para poder valorar acertadamente las aportaciones de Kelsen, creemos que es necesario que brevemente hagamos referencia a cuál es la función que tiene encomendada constitucionalmente la jurisdicción. En este sentido, no debe pasarse por alto que los jueces tienen encomendada la misión de juzgar de modo irrevocable, es decir, con efectos de cosa juzgada,³² y por vía de heterotutela.³³ Y juzgar, dejando a un lado las diferentes teorías formuladas desde un punto de vista subjetivo,³⁴ no es otra cosa que aplicar el derecho objetivo al caso concreto.³⁵ Por lo tanto, lo que deberían hacer los jueces (más en concreto, la jurisdicción constitucional) cuando enjuician si una norma es constitucional o no, es simplemente aplicar el derecho en ese caso, y si procede, expulsar la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico.

Si retomamos las palabras de Kelsen, cuando la jurisdicción constitucional declara inconstitucional una norma no está invadiendo las competencias del poder legislativo, sino que actúa como cualquier juez cuando juzga: resuelve un conflicto con desinterés objetivo. Es

³² Véase sobre esta condición de la actuación jurisdiccional. Ortells Ramos, M.; Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J., *et al. Introducción al Derecho Procesal*. Op. Cit., pp. 128-130.

³³ Sobre esta nota de la actuación jurisdiccional, Ortells Ramos, M.; Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J., *et al. Introducción al Derecho Procesal*. Op. Cit., pp. 133-139.

³⁴ Véase sobre esta teoría y su crítica, Serra Domínguez, M. *Jurisdicción*. Barcelona: Estudios de Derecho Procesal, 1962. pp. 24-28.

Las carencias de estas teorías son evidentes y vamos a subrayar algunas de ellas.

En primer lugar, esta teoría no es adecuada para dar explicación a la función jurisdiccional desarrollada en el proceso penal. Sobre la imposibilidad de que esta teoría dé cobertura a la función jurisdiccional en el proceso penal, Serra Domínguez, M. *Jurisdicción*. Op. Cit., p. 25.

Por otro lado, y como segunda crítica, debe tenerse en cuenta que ni siquiera en todos los procesos civiles es correcto sostener la existencia de una controversia que afecte a derechos subjetivos de las partes. Esta situación puede apreciarse con facilidad, por ejemplo, cuando el proceso se desarrolla en rebeldía del demandado, o en el caso de los procesos civiles no dispositivos. En este sentido, Serra Domínguez, M. *Jurisdicción*. Op. Cit., p. 25.

³⁵ En este sentido, Cordon Moreno, F., *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*. Pamplona, 1979. pp. 59-60, afirma que “en un sentido genérico, fin primario de la jurisdicción es, por tanto, el lograr la efectividad del derecho objetivo y, solo como consecuencia, la efectividad de las situaciones jurídicas individuales. Solo desde este punto de vista es posible un concepto unitario de jurisdicción como poder y como función del Estado aplicable a cada una de sus manifestaciones (civil, penal, administrativa, etc.)”.

decir, el tribunal constitucional valora si la norma que se le somete a consideración respeta el texto constitucional. Y para resolver ese conflicto, el tribunal se limita a aplicar el derecho objetivo (la constitución) al caso concreto. Es decir, con desinterés objetivo, por vía de heterotutela, se enjuicia si la norma sospechosa de inconstitucionalidad se ajusta a las previsiones constitucionales. Así afirma:

“(...) la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional”.³⁶

En definitiva, no se considera que la jurisdicción constitucional, entendida como jurisdicción especializada, sea lesiva de la división de poderes, al contrario, contribuye a garantizarla. En concreto, fiscaliza que el poder legislativo dicte sus normas dentro del ámbito de la constitución. No obstante, el límite se fija en el hecho de que la jurisdicción constitucional solamente debe actuar como un legislador negativo. Actuar más allá implicaría que el tribunal constitucional asumiera una función legislativa que no le corresponde en un Estado de derecho. Así afirma:

“Si quiere mantenerse este principio en la república democrática, de entre sus diferentes significaciones, solo puede ser tomada en cuenta, razonablemente, aquella que en lugar de una separación de poderes, indica una división de los mismos, es decir, indica un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros. Y ello, no únicamente para impedirles la concentración de un poder excesivo en las manos de un solo órgano —concentración que sería peligrosa para la democracia— sino, además, para garantizar la regularidad del funcionamiento de diferentes órganos. Pero, entonces, la institución de la jurisdicción constitucional no está, de ninguna manera, en contradicción con el principio de la separación, sino, por el contrario, es una afirmación de este”.³⁷

³⁶ Kelsen, H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Op. Cit., pp. 56-57.

³⁷ *Ibíd.* p. 55.

Con todos los argumentos que hemos expuesto, Kelsen propone que sea la jurisdicción la que controle la constitucionalidad de las normas. Pero, curiosamente, se huye de un sistema difuso de control de constitucionalidad. Desde nuestro punto de vista, el peso de la tradición histórica, en lo que se refiere a la inexistencia de una verdadera independencia en el poder judicial, fue un factor decisivo. En este contexto, se defendía la creación de un tribunal especial que controlara la constitucionalidad de las normas. Surgió, así, el modelo de control concentrado de control de constitucionalidad.

D) Primeras experiencias de justicia constitucional en Europa

La Constitución austriaca de 1920 asumió los postulados kelsenianos y supuso la introducción de un régimen concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. De esta manera, se creó el Tribunal Constitucional Federal al que se le atribuyó la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas, como regla, con efecto *erga omnes*. De igual modo, juzgaba sobre el respeto al reparto competencial entre la Federación y los estados federales.³⁸

También en la Constitución de Checoslovaquia de ese mismo año se adoptó un sistema concentrado de justicia constitucional.³⁹

La misma situación encontramos en España en el contexto de la Constitución de la II República del año 1931. Con ella se introdujo el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, que fue la primera experiencia de justicia constitucional en España, si bien, se trataba de un órgano con una composición muy amplia, y un ámbito de competencias también muy extenso.⁴⁰

Estas primeras experiencias de justicia constitucional en Europa tuvieron una duración muy limitada en el tiempo. En el caso de

³⁸ Véase al respecto, Celotto, A. La justicia constitucional en el mundo. Op. Cit., p. 7.

³⁹ Fix-Zamudio, H. *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980. pp. 127-128.

⁴⁰ Sobre este Tribunal, Rubio Llorente, F. Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional. En: *Revista de derecho político*, núm. 16, 1982-1983. pp. 27-38; Roura Gómez, S. A. Control jurisdiccional de constitucionalidad en España: las experiencias del Tribunal Supremo Federal y el Tribunal de Garantías Constitucionales. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998. pp. 443-462.

las experiencias del centro de Europa, debe tenerse presente que la invasión de esos países por parte de Alemania y el posterior estallido de la II Guerra Mundial, Europa quedó sumida en un periodo oscuro de su historia.

En el caso español, fue el estallido de la guerra civil en el año 1936, que se prolongó hasta el año 1939, con el triunfo del general Franco, lo que implicó la derogación del régimen jurídico normativo de la II república y la desaparición del Tribunal de Garantías Constitucionales.

E) Generalización de los sistemas tras el fin de la II Guerra Mundial

La expansión generalizada de los sistemas de control de control de constitucionalidad en Europa, tuvo lugar a partir del fin de la II Guerra Mundial. Así encontramos que se reintroduce en Austria (1945), o se implementa en Italia (1948), República Federal de Alemania (1949), Turquía (1961), Yugoslavia (1963), entre otros.

Sin embargo, hay que esperar a la década de los setenta, para que podamos encontrar una nueva oleada en la expansión de los sistemas de control de constitucionalidad. Esta nueva expansión tuvo lugar, en países como Bélgica,⁴¹ pero sobre todo, como consecuencia del fin de diferentes regímenes de dictadura militar en diferentes países del sur de Europa. Así ocurre en Portugal,⁴² Grecia⁴³ o España.⁴⁴

La expansión definitiva de los regímenes de justicia constitucional tuvo lugar a finales de la década de los noventa, al desaparecer las dictaduras comunistas existentes en el este de Europa.⁴⁵

⁴¹ Sobre este sistema, Favoreu, L. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994. pp. 132-136.

⁴² Sobre este sistema de justicia constitucional, Favoreu, L. *Los tribunales constitucionales*. Op. Cit., pp. 126-131.

⁴³ Sobre el sistema constitucional en este país, Magnotta, M. R. Los sistemas constitucionales de Chipre, Grecia y Malta. En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, enero-junio, 2011. pp. 348-361.

⁴⁴ En el caso español, en el mes de noviembre de 1975 fallece el general Franco y España empieza su proceso de transición de la dictadura a la democracia. En el mes de diciembre de 1978, el pueblo español se dotó de una Constitución democrática aprobada mediante referéndum. En la misma, se dedica el Título IX al Tribunal Constitucional.

⁴⁵ Flores Juberías, C.; Torres Pérez, M. Los tribunales constitucionales en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental. En: *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, 2001, núm. 5. pp. 100-130.

3. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y ALGUNOS DESAFÍOS A LOS QUE RESPONDER

3.1. En la concreción de la legitimación activa para la demanda de inconstitucionalidad

Como hemos señalado al principio de esta ponencia, no pretendemos estudiar a fondo las diferentes soluciones adoptadas en los distintos ordenamientos jurídicos europeos. No obstante, sí que vamos a detenernos en el análisis de algunas cuestiones que consideramos relevantes y se configuran como verdaderos desafíos a los que se debe atender en el modelo europeo de control concentrado de constitucionalidad.

Por un lado, cuando hablamos del sistema abstracto de control, uno de los desafíos más relevantes es el de concretar a quién se reconoce legitimación activa para poder provocar el inicio del proceso en el que se enjuicie si una norma es constitucional o no.

Como regla general, en el ámbito europeo, no está admitida una legitimación popular. En este sentido, no podemos pasar por alto la postura que al respecto mantuvo Kelsen,⁴⁶ contraria a dicha legitimación. En concreto, afirmó:

“La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar un *actio popularis*: así, el tribunal constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y reglamentos, a solicitud de cualquier particular. Es de esta manera como el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente, la más radical satisfacción. No puede, sin embargo, recomendarse esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestionamiento de procesos”.

Si tomamos como referencia algunos ordenamientos jurídicos europeos, podremos ratificar lo que estamos afirmando. En este sentido, podemos encontrar tres grandes categorías. En primer lugar, hay Estados en los que la legitimación activa se entiende en un sentido muy restringido. En segundo lugar, hay otros países en los que se

⁴⁶ Kelsen, H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Op. Cit., pp. 87-88.

amplía el abanico de sujetos legitimados, pero sin llegar a reconocer una legitimación popular. Y, en tercer lugar, están los supuestos, muy excepcionales, en los que la legitimación se concibe en un sentido muy amplio.

A la primera categoría descrita, podemos adscribir el caso alemán. En concreto, la legitimación activa para la presentación de una demanda de inconstitucionalidad la tienen el Gobierno federal, los Gobiernos de los *land*, y un tercio de los miembros del *Bundestag*,⁴⁷ que es una de las cámaras legislativas de ese país.⁴⁸ Así se desprende del artículo 93.1 2) de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

En el caso austriaco también se concibe de manera restringida la legitimación activa. Dicha legitimación la tienen los Gobiernos regionales, y una tercera parte de los miembros del Consejo Nacional.⁴⁹

En el supuesto intermedio en lo que se refiere a la concreción de la legitimación activa, podemos ubicar el caso español o portugués, por ejemplo.

Así, en el caso español, el artículo 162 CE/1978 dispone que estén legitimados para interponer una demanda de inconstitucionalidad, “el presidente del Gobierno, el defensor del pueblo, 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y, en su caso, las asambleas de las mismas”.

En el caso portugués,⁵⁰ la legitimación activa la tienen el presidente de la República, el presidente de la Asamblea Legislativa, el primer ministro, el procurador de justicia, el fiscal general de la República, y las asambleas de las regiones autónomas para los casos previstos en

⁴⁷ Steinberger, H. Algunos rasgos fundamentales de la justicia constitucional en la República Federal de Alemania. Op. Cit., p. 13.

⁴⁸ Véase, Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., pp. 102-103; Martínez Estay, J. I. El sistema europeo-continental de justicia constitucional. En: *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios constitucionales*. Universidad de Talca, núm. 1, 2005. p. 159.

⁴⁹ Véase en este sentido, Favoreu, L. *Los tribunales constitucionales*. Op. Cit., pp. 52-53; Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., pp. 102-103.

⁵⁰ Sobre el sistema de justicia constitucional en Portugal, Doncel Luengo, J. A. Una primera aproximación al Tribunal Constitucional de Portugal: el ejemplo del primer semestre de 2001. En: *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núms. 10-11, pp. 585-605; Rodrigues Canotilho, M. El sistema constitucional de Portugal. En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 14, pp. 123-124; Martínez Estay, J. I. El sistema europeo-continental de justicia constitucional. Op. Cit., pp. 166-170.

el artículo 229 constitución portuguesa⁵¹ (art. 281.1 Constitución de Portugal).

A la tercera categoría pertenecen muy pocos ordenamientos jurídicos europeos, ubicados, principalmente, en países del este europeo. Así ocurre en Eslovenia, en donde se señala que dicha demanda la puede interponer quien tenga interés legítimo en la obtención de la declaración de inconstitucionalidad.⁵² La legitimación también se concibe en sentido amplio en el caso de Serbia y Montenegro.⁵³

3.2. En la determinación de la competencia de los tribunales constitucionales: amparo (tutela) y carga de trabajo

Que los tribunales constitucionales en el modelo concentrado deben tener competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma,

⁵¹ El art. 229 de la Constitución es el que establece las competencias de las regiones. En concreto, dispone que “1. Las regiones autónomas son personas colectivas de derecho público y tendrán las siguientes atribuciones, que se definirán en los estatutos respectivos:

- a) legislar, dentro del respeto a la Constitución y a las leyes generales de la República, en materias de interés específico para la región que no estén reservadas a la competencia propia de los órganos de soberanía;
- b) reglamentar la legislación regional y las leyes generales emanadas de los órganos de soberanía que no reserven a estos el respectivo poder reglamentario;
- c) ejercitar la iniciativa legislativa, mediante la presentación de propuestas de ley a la Asamblea de la República;
- d) ejercer el poder ejecutivo propio;
- e) administrar su patrimonio y disponer de él y celebrar los actos y contratos en que estén interesadas;
- f) disponer de los ingresos fiscales percibidos por ellas y de otros que les estén atribuidos y afectarlos a sus gastos;
- g) ejercer poder de orientación y de tutela sobre los entes locales autónomos;
- h) supervisar los servicios, instituciones públicas y empresas nacionalizadas que ejerzan su actividad exclusivamente en la región y en otros casos en que el interés regional lo justifique;
- i) elaborar el plan económico regional y participar en la elaboración del plan;
- j) participar en la definición y ejecución de las políticas fiscal, monetaria, financiera y cambiaria, de tal modo que se garantice el control regional de los medios de pago en circulación y la financiación de las inversiones necesarias para su desarrollo económico-social;
- l) (sic) participar en las negociaciones de los tratados y acuerdos internacionales que les afecten directamente, así como en los beneficios derivados de las mismas.

2. Las asambleas regionales podrán solicitar al Consejo de la Revolución la declaración de inconstitucionalidad de normas jurídicas emanadas de los órganos de soberanía, por violación de los derechos de las regiones consagradas en la Constitución”.

⁵² Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 104.

También puede verse, Vecchio, F. Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia. En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010. pp. 207-222.

⁵³ Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 104. En dicha página afirma que “esta apertura a los particulares choca con la característica indicada de la restricción de legitimación, además de acentuar el peligro de que el órgano se vea saturado (saturación que, incluso, está presente en tribunales constitucionales que carecen de tan amplia legitimación).”

es algo indiscutible. La cuestión sobre la que se ha discutido desde hace tiempo es la de si es conveniente atribuirles otras funciones adicionales.

Si acudimos a las aportaciones realizadas por Kelsen, podremos apreciar que este autor era partidario de la atribución de alguna competencia adicional. En concreto, sostenía esa conveniencia cuando se tratara del enjuiciamiento de altas instancias del Estado, o para la resolución de conflictos, o en general, cuando se tratara de asuntos cuya atribución al tribunal constitucional evitara la creación de nuevas jurisdicciones especiales. En este sentido, afirma:

“Podría, naturalmente, darse a la jurisdicción constitucional, por razones de prestigio o por otras razones, el control de ciertos actos individuales del jefe del Estado o de Gobierno –suponiendo que se desea de manera general- someterlas a un control jurídico. En fin, señalamos que puede ser oportuno, llegado el caso, hacer del tribunal constitucional una alta corte de justicia encargada de juzgar a los ministros sometidos a responsabilidad, un tribunal central de conflictos, o un tribunal investido de otras facultades con el objeto de evitarse las jurisdicciones especiales. En efecto, es preferible, de una manera general, reducir lo más posible el número de autoridades supremas encargadas de decir el derecho”.⁵⁴

Si echamos un vistazo a la situación existente en el ámbito europeo, suele ser bastante frecuente que a los tribunales constitucionales se les atribuya la función de resolución de conflictos. Así ocurre, por ejemplo, en el caso español. El artículo 161.1 c) CE/1978 dispone que el TCE conozca “de los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o de los de éstas entre sí.”⁵⁵

Lo mismo ocurre en el caso de la *Corte costituzionale italiana*.⁵⁶ El artículo 134 del Texto Constitucional atribuye a este órgano la competencia para resolver “los conflictos de competencia entre los

⁵⁴ Kelsen, H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Op. Cit., pp. 96-70.

⁵⁵ Si acudimos a la LOTC, podremos apreciar que el ámbito de la resolución de los conflictos se amplía en esta ley. Así, los arts. 73-75 regulan los aspectos relativos a la resolución de conflictos entre órganos constitucionales del Estado.

⁵⁶ En general, sobre este tribunal, Presno Linera, M. A.; Campione, R. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las regiones y los de las regiones entre sí.”⁵⁷

De igual modo, podemos hacer referencia a la situación existente en Alemania, en donde el Tribunal resuelve los conflictos entre el *bund* y los *länder*, así como entre órganos del Estado.⁵⁸

En ocasiones, también se les atribuye a estos tribunales constitucionales el conocimiento de cuestiones de índole electoral. Así ocurre, por ejemplo, en Austria⁵⁹ o Alemania.⁶⁰

No suele ser frecuente que los ordenamientos jurídicos europeos atribuyan a sus tribunales constitucionales el conocimiento de las demandas de amparo por violación de derechos fundamentales.⁶¹ Esta previsión se contiene, sin embargo, en los ordenamientos jurídicos como el austriaco, alemán y español, principalmente.⁶²

En el supuesto de Austria, es posible solicitar la intervención del Tribunal Constitucional en los casos de violación de derechos que estén “instituidos por una disposición del derecho objetivo de rango constitucional.”⁶³ Esta demanda de amparo procede contra las leyes y actos administrativos en los que se haya violado algunos de esos derechos.⁶⁴

En el caso alemán también puede interponerse recurso de amparo contra una ley que viole derechos fundamentales,⁶⁵ así como contra

⁵⁷ Sobre el régimen de justicia constitucional en Italia, Favoreu, L. *Los tribunales constitucionales*. Op. Cit., pp. 85-101; Martínez Estay, J. I., El sistema europeo-continental de justicia constitucional. Op. Cit., pp. 163-166.

⁵⁸ Véase en este sentido, Martínez Estay, J. I. El sistema europeo-continental de justicia constitucional. Op. Cit., p. 158.

⁵⁹ Favoreu, L. *Los tribunales constitucionales*. Op. Cit., p. 49.

⁶⁰ *Ibid.* pp. 67-68.

⁶¹ Sobre esta cuestión, AA.VV. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

⁶² No obstante, hay otros ordenamientos jurídicos, sobre todo, en la Europa del Este, que recogen la posibilidad de este amparo constitucional. Véase en general sobre esta cuestión, Fernández Rodríguez, J. J., *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 81.

⁶³ Favoreu, L. *Los tribunales constitucionales*. Op. Cit., p. 59.

⁶⁴ *Ibid.* pp. 58-59, en las que afirma que “no hay protección, como sucede en Alemania o en España, contra los actos jurisdiccionales”.

Sobre la demanda contra una ley que viole derechos de reconocidos en norma constitucional. Favoreu, L. *Los tribunales constitucionales*. Op. Cit., pp. 53-54.

⁶⁵ En general, González Pascual, M. *El tribunal constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*. Madrid: Civitas. Thomson Reuters, 2010.

actos administrativos o judiciales en los que se haya producido dicha violación.⁶⁶ En el primer caso, el plazo del que se dispone es de un año; en el segundo, de un mes.⁶⁷

En el caso español, el amparo puede interponerse contra actos de lesión efectiva de un derecho fundamental (art. 161.1 b) CE/1978). No puede interponerse contra leyes, sino contra actos del poder legislativo, ejecutivo o judicial, con los que se haya violado un derecho fundamental.⁶⁸ En cada uno de esos casos, el plazo para la interposición de la demanda de amparo es diferente.⁶⁹

Pues bien, uno de los grandes retos que presentan los ordenamientos jurídicos europeos en los que se contempla que su tribunal constitucional conozca de las demandas de amparo, es el gran número de asuntos que ingresan y que conducen a la saturación de este órgano jurisdiccional. Ello ha conducido, en la práctica, a que se hayan introducido mecanismos de selección de las demandas de amparo. En este sentido, como requisito introducido por una reforma legal llevada a cabo por la LO 6/2007, la demanda de amparo debe justificar la especial trascendencia constitucional del mismo.⁷⁰

⁶⁶ Favoreu, L. *Los tribunales constitucionales*. Op. Cit., p. 75.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ El art. 41.2 LOTC dispone que “el recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”.

⁶⁹ El art. 42 LOTC dispone que “las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las cámaras o asambleas, sean firmes”.

Si se trata de violación en un acto administrativo, el art. 43.1 LOTC dispone que “las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente”. En lo referente al plazo, el art. 43.2 LOTC añade que “el plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial”.

Si se trata de violación cometida por un acto del juez, el art. 44.2 LOTC dispone que “El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial”.

⁷⁰ Sobre esta reforma, Aragón Reyes, M. La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional. En: *Revista de Derecho del Estado*, núm. 21, 2008. pp. 7-35; Díaz Revorio, F. J., Tribunal Constitucional

3.3. En la composición y designación de los magistrados

A) Número de magistrados

Kelsen, en relación con la composición del tribunal constitucional, sostuvo que no debería tener un número muy elevado de miembros. No obstante, no aportó una fundamentación de esta propuesta. En concreto, afirma:⁷¹

“El número de miembros no debería ser muy elevado, considerando que es sobre cuestiones de derecho a lo que está llamado a pronunciarse, la jurisdicción constitucional cumple una misión puramente jurídica de interpretación de la constitución”.

En su aplicación práctica, en el ámbito europeo podemos encontrar diferentes soluciones. En este sentido, podemos decir que el número de magistrados se mueve en un mínimo de cuatro, y un máximo de diecinueve.⁷² Así, cuatro magistrados tiene el Tribunal Constitucional de Andorra;⁷³ cinco tiene el de Liechtenstein;⁷⁴ seis tiene el Tribunal Constitucional de Moldavia;⁷⁵ siete tiene el Tribunal de Letonia;⁷⁶ nueve tiene el Consejo Constitucional francés.⁷⁷ El Tribunal Constitucional de Eslovaquia tiene diez magistrados.⁷⁸ Doce miembros tiene, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español o el belga;⁷⁹ trece

y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007. En: *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009, pp. 81-108.

⁷¹ Kelsen, H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Op. Cit., p. 57.

⁷² Para un estudio comparativo de estos aspectos, Fernández Rodríguez, J. J., *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., pp. 39-40.

⁷³ Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 39. También puede verse la información recogida en el sitio web: www.tribunalconstitucional.ad.

⁷⁴ Ibid. p. 40.

⁷⁵ Flores Juberías, C.; Torres Pérez, M., Los tribunales constitucionales en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental. En: *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, 2001, núm. 5. p. 100.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ En relación con este órgano debemos precisar que ese número de nueve hace referencia al número de magistrados electos. No hay que perder de vista que también hay otros miembros natos de este Consejo, que son los expresidentes de la República. No obstante, debe tenerse presente que estos expresidentes “en la práctica solo han acudido a dicho órgano de 1959 a 1962” (Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 40.).

⁷⁸ Vid. Nota 195.

⁷⁹ Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 40.

tiene el Tribunal Constitucional portugués,⁸⁰ catorce, el austriaco,⁸¹ quince, el italiano,⁸² dieciséis, el alemán,⁸³ dieciocho, el de Ucrania,⁸⁴ o diecinueve, la Federación de Rusia.⁸⁵

Sin embargo, es más explícito a la hora de exponer los criterios para concretar quién debe designar a esos magistrados.

B) Designación de los magistrados

a) Aportaciones de Kelsen

Si nos acercamos a la obra de Kelsen, podremos ver que de manera muy clara afronta el análisis de quién debe proceder a la designación de los magistrados de los tribunales constitucionales. En concreto, no es partidario de una designación exclusiva por el parlamento, ni tampoco por altas instancias del Estado. Su postura es claramente favorable a que se combinen ambos criterios. En este sentido, por ejemplo, ve razonable que sea el parlamento el que designe a los magistrados del tribunal constitucional, entre los candidatos propuestos por el Gobierno o por el jefe del Estado, o a la inversa. Si atendemos a sus palabras, merece la pena destacar las que siguen:⁸⁶

“Entre los modos de designación particularmente típicos, no podría pregonarse sin reservar ni la simple elección por el parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe del Estado o por el Gobierno. Posiblemente, se les podría combinar, así, por ejemplo, elegir los jueces a propuesta del Gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente”.

Una de las preocupaciones de Kelsen es la de evitar la politización del tribunal constitucional. No obstante, reconoce que si es razonable que el parlamento intervenga, los partidos políticos van a participar en el proceso de selección, y esta circunstancia, obviamente, puede conducir a la politización que no ve deseable. Esta es la razón por

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Vid. Nota 195.*

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Kelsen, H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Op. Cit., p. 57.

la que considera que no todos los miembros del tribunal deban ser designados por intervención de las fuerzas políticas. Destacamos las siguientes palabras de Kelsen:

“Es muy difícil, pero sería deseable, alejar de la jurisprudencia del tribunal constitucional toda influencia política. No puede negarse que las determinaciones de los especialistas podrían estar influenciadas –consciente o inconscientemente– por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente grande es preferible aceptar, más que una influencia oculta y por tanto incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del tribunal, por ejemplo, proveer una parte de los puestos por el parlamento mediante la vía de elección, sin dejar de tener en cuenta la fuerza relativa de los partidos. Si los otros puestos son atribuidos a especialistas, estos pueden tener mucho más en cuenta las consideraciones puramente técnicas puesto que su conciencia política se encuentra descargada por la colaboración de los miembros llamados a la defensa de los intereses propiamente políticos”.⁸⁷

Por otro lado, en la medida en que el tribunal constitucional es un órgano que ejerce jurisdicción, Kelsen entiende que lo razonable es que la mayoría de sus miembros sean juristas. Por este motivo, en cuanto a la designación de los miembros del tribunal, sostiene que podría ser razonable que las facultades de derecho pudieran intervenir en el proceso de fijación de los candidatos a ser miembros del tribunal. Nótese que esta propuesta se suma a la anterior. Es decir, que las facultades podrían proponer candidatos, si bien, el Gobierno, el jefe de Estado o el parlamento, serían los que, en su caso, podrían asumirlos como candidatos propios. En este sentido, afirma:

“Es de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Podría llegarse a esto concediendo, por ejemplo, a las facultades de derecho de un país o a una comisión de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos”.⁸⁸

Expuestos estos criterios para la designación de los magistrados del tribunal constitucional, Kelsen todavía propone un último. En

⁸⁷ *Ibíd.* pp. 58-59.

⁸⁸ *Ibíd.* pp. 57-58.

concreto, se refiere a la posibilidad de que el mismo tribunal proceda a la cooptación de sus miembros. Así afirma:

“Podría, asimismo, atribuírsele al propio tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección, es decir, por cooptación. El tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes”.⁸⁹

b) Modelos existentes

Desde nuestro punto de vista, y en un intento de sistematizar los sistemas existentes, podemos clasificarlos distinguiendo tres modelos.

a') Designación exclusiva por el parlamento

Existen en Europa países en los que todos los magistrados de su tribunal constitucional son designados por el parlamento. En este caso, da lo mismo que se trate de un sistema unicameral o bicameral. En todo caso, es el parlamento el que se designa a todos los magistrados del tribunal. El caso más significativo, sin lugar a dudas, es el alemán. Como ya hemos señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional alemán está integrado por dieciséis magistrados. Pues bien, ocho de ellos son designados por una de las cámaras legislativas existentes en Alemania, y los otros ocho, por la otra cámara legislativa.⁹⁰ Nos referimos al *Bundestag* y al *Bundesrat*, que eligen a los magistrados por una mayoría de dos tercios.⁹¹

Este modelo también existe en países como Liechtenstein o Hungría.⁹²

⁸⁹ *Ibíd.* p. 58.

⁹⁰ Véase en este sentido, Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., pp. 42-43.

⁹¹ Resultan interesantes las palabras de Schlaich, K.. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. En: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 146 en la que afirma que “el propio sistema de designación en cuanto tal es criticado cada cierto tiempo, con argumentos plenos de razón desde un punto de vista teórico. En efecto, hay pocos lugares en los que un poder sea ejercitado de modos tan incontrolado y anónimo como en el de la elección de los jueces del T.C.F. Una elección de los controladores por aquellos que son controlados resulta evidentemente sorprendente”.

⁹² En este caso, como señala Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 42, todos los magistrados son nombrados por el Parlamento “a propuesta de una comisión de designación integrada por un diputado de cada partido con representación parlamentaria”.

b') Designación por altas instancias del Estado

Otro modelo al que podemos hacer referencia es aquel en que son altas instancias del Estado las que proceden a la designación de los magistrados del tribunal constitucional. Desde nuestro punto de vista, el caso paradigmático es el del Consejo Constitucional francés. Como ya hemos señalado, anteriormente, este Tribunal está integrado por un total de nueve miembros (a los que hay que sumar los miembros natos). Pues bien, de los nueve miembros a los que nos referimos, tres son designados por el presidente de la República, otros tres, por el presidente del Senado y los otros tres, por el presidente de la Asamblea Nacional.⁹³ La doctrina también ha criticado este sistema de designación en la medida en que también conduce a la politización.⁹⁴

c') Modelo mixto

En el punto intermedio entre los dos modelos que hemos descrito se encuentra el mixto. Es decir, un modelo en el que se combinan la designación parlamentaria con la designación por altas instancias del Estado. En este modelo mixto, a su vez, podemos distinguir dos submodelos.

El primero, aquel en el que predomina el criterio de designación parlamentaria sobre el de autoridad; el segundo, aquel en el que ocurre a la inversa, es decir, predomina la designación por altas instancias del Estado, frente a la designación parlamentaria. A continuación, vamos a analizar algunos ejemplos en la clasificación realizada.

Así, en relación con el primer submodelo, debemos indicar que a esta categoría pertenece, sin lugar a dudas, el modelo español. Hemos

⁹³ Véase, Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., pp. 42-43.

⁹⁴ En este sentido, Pinon, S. El sistema constitucional de Francia. En: *Revista de Derecho constitucional europeo*, año 7, número 14, julio-diciembre, 2010. p. 53 en la que afirma que “se plantea, por otra parte, el problema de la «politicidad» de los nombramientos, de la competencia de las personalidades designadas, y de la presencia de los miembros de derecho. Como Georges Vedel destacó, el Consejo es «un ser raro: debería estar por encima de la batalla y sus miembros son designados por los grandes actores del combate político». En efecto, el presidente de la República nombra tres, otros tres son nombrados por el presidente de la Asamblea Nacional y los últimos tres por el presidente del Senado. Dado que estos tres cargos suelen estar vinculados al partido mayoritario, y dado que la V República conoció su primera alternancia política en 1981, se comprende por qué la corriente socialista tuviera que esperar hasta 1983 para estar representada...”.

señalado que el TCEE está integrado por doce magistrados, tal y como se desprende del artículo 159 CE en el que se dispone que “el Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial”.

Como puede apreciarse, de un total de doce magistrados, la mayoría, en concreto ocho, son designados por el Parlamento; los cuatro restantes, son designados por el Gobierno y por el Consejo General del Poder Judicial.

Dentro de esta categoría creemos que debemos incluir también el sistema de selección de los magistrados previstos en Portugal. En concreto, su Tribunal Constitucional está integrado por un total de trece magistrados. Pues bien, el Parlamento designa a la mayoría de eso trece, en concreto, a diez.⁹⁵ Posteriormente, esos diez son los que cooptan a los tres que faltan para completar el número total de trece.⁹⁶ Como puede verse, el Parlamento designa a la mayoría, y la autoridad a la que se recurre para completar el Tribunal, es la de los mismos magistrados de dicho tribunal.

Dentro de esta misma categoría debemos incluir también el caso belga. En este país, las dos cámaras legislativas existentes elaboran una lista de veinticuatro personas, sobre la base de las cuales el rey procede a seleccionar a doce.⁹⁷ Hay una intervención de la autoridad del monarca, pero, en todo caso, dentro de los márgenes que le ha fijado el Parlamento.⁹⁸

Creemos que es también muy interesante el sistema de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional en Bosnia-Herzegovina. Dicho Tribunal está integrado por un total de nueve magistrados. Pues bien, seis de esos nueve, la mayoría, son designados por el

⁹⁵ Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 43.

⁹⁶ *Ibid.* p. 44.

⁹⁷ *Ibid.* p. 43.

⁹⁸ Como señala Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 43, de esos doce “seis de expresión francesa y seis de expresión flamenca”.

Parlamento.⁹⁹ Los tres restantes, son nombrados por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁰⁰

El segundo gran modelo dentro del sistema mixto, es aquel en el que predomina la designación por altas instancias del Estado, frente a la intervención del parlamento. Así ocurre, por ejemplo, en el caso italiano. *La Corte Costituzionale* italiana está integrada por un total de quince magistrados. Pues bien, cinco de ellos son designados por parte de las magistraturas supremas del Estado italiano. En concreto, tres por el Tribunal de Casación; uno por el Consejo de Estado, y otro más, por el Tribunal de Cuentas.¹⁰¹

El presidente de la República italiana tiene la competencia para designar a otros cinco de los quince magistrados.¹⁰² Y los cinco restantes son designados por las dos cámaras legislativas existentes en dicho país, que deben reunirse en sesión conjunta.¹⁰³

c) Problemas de aplicación práctica

En los casos en que hablamos de designación de todos o algunos magistrados de los tribunales constitucionales por el parlamento, surge, a continuación, la crítica relativa a que dicho sistema puede contribuir a la politización de los tribunales constitucionales. Sin embargo, dicho problema también puede apreciarse si hablamos de la designación por altas instancias del Estado que sean cargos de representación, como el presidente de una república, o cargos en un parlamento, como el presidente del mismo. Obviamente, estas personas ocupan dicho cargo en la medida en que han concurrido en las listas de un partido político.

Ahora bien, la presencia de sensibilidades políticas en los tribunales constitucionales no es algo que en principio nos deba preocupar, ya

⁹⁹ En concreto, como indica Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 42, “cuatro por el Parlamento federal y dos por la Asamblea de la República Serbia de Bosnia”.

¹⁰⁰ Como indica Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 44, esto “no sucede en ningún otro ordenamiento y se explica por los acontecimientos bélicos que asolaron el país (...)”.

¹⁰¹ Véase en este sentido, Fernández Rodríguez, J. J. *La Justicia constitucional europea*. Op. Cit., p. 43.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.* p. 42.

que el tribunal constitucional, además de ser un órgano jurisdiccional, es un órgano llamado a defender la principal norma política de un Estado: su constitución. Lo que debe garantizarse, desde nuestro punto de vista, son varias cosas. Por un lado, que a los tribunales constitucionales lleguen personas que reúnan los méritos necesarios para poder actuar con la debida independencia. Por otro lado, debe evitarse que un solo partido político pueda configurar con su decisión la composición del tribunal. Esto se logra estableciendo un sistema de mayorías cualificadas. Así, países como Alemania, España, Italia, Portugal o Bélgica, cuentan con un sistema de mayorías cualificadas o reforzadas.¹⁰⁴

Si bien este sistema tiene la virtud que acabamos de subrayar, genera, inmediatamente, un problema que no podemos desdeñar. Nos referimos al hecho de que en ocasiones los partidos políticos utilizan esa necesidad del consenso como arma electoral, poniendo en el eje de su campaña política una de las instituciones esenciales en el correcto funcionamiento de un Estado de derecho: el tribunal constitucional.

Así ocurrió, por ejemplo, en Italia. La Constitución de 1947 preveía la creación de la *Corte Costituzionale*, pero hasta ocho años después, las fuerzas políticas no se pusieron de acuerdo para nombrar a los cinco magistrados de designación parlamentaria.¹⁰⁵

O lo mismo podemos decir de la situación existente recientemente en España. Por exigencia constitucional, la renovación de los miembros del TCEE debe hacerse por terceras partes cada tres años (art. 159.3 CE/1978). De acuerdo con las previsiones legales, antes de los cuatro meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el presidente del TCEE debe solicitar a los presidentes de los órganos que han de hacer las propuestas para la designación de los nuevos magistrados, que inicien el correspondiente procedimiento (art. 17.1 LOTC). Obviamente, para que la renovación de los magistrados del TCEE tenga lugar en el caso de los ocho magistrados que son designados por las cámaras legislativas, es necesario que las fuerzas

¹⁰⁴ Ibid. p. 45.

¹⁰⁵ Ibid. p. 46.

políticas logren el correspondiente acuerdo para alcanzar la mayoría de tres quintos requerida constitucionalmente.¹⁰⁶

Una vez que hemos descrito el panorama normativo, se constata que para que la renovación de las vacantes se produzca es necesario un amplio consenso de las fuerzas políticas con representación parlamentaria. Sin embargo, en la práctica, la realidad pone de manifiesto que los partidos políticos anteponen sus intereses electorales a los generales, bloqueando y paralizando la renovación de la composición del TCE.

Para que el lector constate la situación existente y los problemas que hemos descrito, queremos poner de manifiesto los aspectos que han afectado a la última renovación de magistrados del TCEE. El 17 de mayo de 2008 falleció el magistrado del TCEE, D. Roberto García Calvo, que ostentaba la condición de magistrado del alto tribunal, desde octubre de 2001. Pues bien, hasta el 29 de junio de 2012, las dos fuerzas políticas mayoritarias no alcanzaron un acuerdo para nombrar al sustituto. Es decir, durante cincuenta y dos meses, el TCEE, a pesar de que por exigencias constitucionales debe tener una composición de 12 magistrados, ha estado funcionando con un total de 11.

Por otro lado, también puede tenerse presente que había tres magistrados cuyo mandato expiró en noviembre de 2010, y que hasta el 29 de junio de 2012 tampoco se logró el acuerdo para su renovación. En el ínterin, para forzar esta renovación, los tres magistrados presentaron su dimisión al presidente del TCEE en el mes de junio de 2011. Sin embargo, el presidente no la aceptó, apelando a la responsabilidad institucional.

Esta situación descrita es la que llevó al TCEE a emitir el 22 de mayo de 2012, una dura nota informativa, la 22/2012, en la que instaba

¹⁰⁶ La LOTC contempla que los magistrados del TCE/1978E continúen en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles (art. 17.1 LOTC). Para estos casos, se ha añadido un nuevo párrafo 5 al artículo 16 LOTC, fruto de la reforma llevada a cabo en virtud de la Ley Orgánica 8/2010, 4 noviembre. En concreto, ese párrafo dispone que “las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del periodo para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a este restase. Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación”.

a los partidos políticos a cumplir con sus obligaciones y proceder a designar a los cuatro magistrados. Por su interés, y la dureza de sus palabras, reproducimos el contenido de esa nota:

“El pleno del Tribunal Constitucional, en su reunión de esta mañana y por unanimidad, ha acordado la redacción de la siguiente nota de prensa:

“La Constitución establece un Tribunal Constitucional compuesto por doce magistrados, pero desde hace más de cuatro años son solo once, porque el Congreso de los Diputados no cumple el deber de cubrir la vacante producida por el fallecimiento de don Roberto García-Calvo. Asimismo, la Constitución impone un mandato de nueve años para dichos magistrados, pero tres de ellos llevan ya más de diez años y medio ejerciendo como tal, porque el Congreso de los Diputados no cumple el deber de renovar el tercio que le corresponde.

“Ante tan reiterados y duraderos incumplimientos, el pleno del Tribunal Constitucional ve necesario recordar el respeto que se debe a la Constitución, advirtiéndole que, de prolongarse tales incumplimientos, adoptará las medidas que están en su mano, por muy drásticas que sean, para oponerse a esa indeseable situación”.

Si bien la situación que hemos descrito se refiere a los magistrados nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados, una situación parecida se dio en relación con los magistrados nombrados a propuesta del Senado. En este caso, la renovación tuvo lugar en enero de 2011, con el nombramiento de cuatro nuevos magistrados, si bien la renovación tuvo lugar tras un notable retraso.

CAPÍTULO 4

*HITOS DE DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROPUESTAS DESDE AMÉRICA LATINA**

Silvia Bagni**

INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

Una contribución al debate sobre los “problemas actuales del derecho constitucional en un contexto de crisis”, tema al que se dedica este volumen, debe partir, en nuestra opinión, de un análisis del concepto mismo de “crisis”. Dicha palabra nos suele indicar un cambio traumático y general, un momento de inestabilidad que obliga a volver a debatir sobre las opciones escogidas hasta dicho momento para facilitar la superación de la situación crítica. Es el momento, de hecho, en el que normalmente se redefinen los valores que guían nuestras acciones.

Buscando en Google la palabra “crisis”, la primera voz que surge es “crisis económica del 2008-2014” de Wikipedia. La web, como instrumento de información de masas, señala, por lo tanto, que: 1) la crisis se percibe esencialmente como “económica”; y 2) que la crisis está todavía en curso.

* Traducción de Rosario Tur Ausina, profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad Miguel Hernández de Elche.

** Profesora de Derecho Público Comparado. Universidad de Bolonia (Italia).

Se nos ha dicho más de una vez, desde autorizadas voces representantes de las instituciones nacionales e internacionales, que la solución a la crisis está en la austeridad, en el gasto y en las cuentas públicas, en la reducción del Estado social, y en la privatización de los servicios. Sin embargo, si nos dirigimos de nuevo a Google para descubrir cómo resolver la crisis, encontramos diversas propuestas alternativas, primera entre otras, el decrecimiento, sin que ninguna se corresponda con la versión oficial.

Incluso desde la perspectiva social e institucional, es posible hallar otras vías de salida de la crisis respecto a las que imponen las instituciones europeas (y, en consecuencia, los gobiernos de los países que hoy adoptan las decisiones), las cuales empujan a los Estados hacia la concentración del poder en los ejecutivos, hacia la presidencialización de la forma de gobierno parlamentaria, hacia la modificación en sentido mayoritario de las fórmulas electorales y, por lo tanto, hacia una concentración de la democracia cada vez menos fundada sobre el concepto de representación.

Una propuesta alternativa, en cambio, vendría representada por la previsión de instituciones más inclusivas, transparentes y abiertas, con mayor representación directa del pueblo en los procesos relativos a las decisiones políticas de dirección del país; es decir, más democracia en el sentido clásico del término.

Es en este marco, si bien con un enfoque circunscrito a la justicia constitucional, en el que se inserta el presente estudio. Así, nos mostramos convencidos de que en un momento histórico como el actual, cada función constitucional debe estar en disposición de contribuir a fomentar el desarrollo de una cultura participativa; y con más motivo en cuanto se observa tal circunstancia desde la perspectiva de la aplicación y defensa de la constitución como bien común, a través de una cultura del diálogo, respeto recíproco y dedicación política.

Sobre este tema, algunas instituciones que han sido experimentadas más o menos recientemente en América Latina, pueden ser un útil ejemplo y una fuente de inspiración para la democratización de la justicia constitucional como respuesta al problema, que nace junto

al concepto mismo de control de constitucionalidad, de la falta de legitimación de los tribunales.

En el neoconstitucionalismo latinoamericano, andino en particular, el principio de participación popular encuentra su máxima expresión en su aplicación, también, a la justicia constitucional, tanto en la fase de legitimación activa ante el tribunal (*actio popularis*), como en el proceso de argumentación de la sentencia, innovando la idea misma de justicia constitucional. Los tribunales ya no son solo órganos súper partes, que imponen un juicio de constitucionalidad madurado en los pasillos y oficinas de palacio, sino que se abren a la sociedad para dialogar y construir con ella una cultura constitucional.¹

En el contexto latinoamericano, el objetivo es el de dar cauces de expresión a la cultura subalterna, bajo el prisma de la igualdad en la diversidad. Por ello, la democratización de la justicia constitucional no debe ser interpretada como la búsqueda del consentimiento popular en las decisiones jurisdiccionales (lo cual resultaría contrario al sentido mismo de la garantía constitucional), sino como un modo de interpretar la constitución bajo el paradigma del pluralismo jurídico.

En la base de las distintas instituciones que en muchos países de América Latina han sido incluidas en el derecho procesal constitucional se encontraría la idea² de una justicia constitucional abierta, entendida como un trabajo interactivo entre el órgano oficial encargado del control y todos los destinatarios de las normas constitucionales.

Así pues, desde la perspectiva de la investigación científica sobre el tema de las garantías constitucionales, estas páginas pretenden llevar a cabo una profundización sobre la relación que existe entre los modelos de justicia constitucional y la forma de Estado. Habitualmente se sostiene que el primer término (la justicia constitucional) incide sobre el segundo (la forma de Estado), en cuanto la actividad de los tribunales puede constituir un potente instrumento para la efectividad

¹ Habermas, J. *Teoria dell'agire comunicativo*. Bologna: il Mulino, 1986.

² Fiss, O. The Forms of justice. In: *Harvard Law Rev.*, vol. 93, n. 1, 1979; Bickel, A. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis-New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962; Habermas, J. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Roma/Bari: Laterza, 2013.

de los derechos constitucionales y, por lo tanto, de construcción y consolidación de la forma de Estado democrática (o, a la inversa, de su debilitamiento, si la interpretación constitucional resulta excesivamente formalista o el órgano se somete al poder político). En consecuencia, se puede observar que es frecuente estudiar cómo el formante jurisprudencial integra el legal-constitucional.

La perspectiva de esta investigación es, sin embargo, la de estudiar el modo en que el formante legal, recibiendo opiniones del doctrinal, ha podido integrar los modelos clásicos de justicia constitucional, instándose así a una revisión de las clasificaciones tradicionales, a la luz de las más recientes teorías sobre la democracia participativa y deliberativa, aplicadas a la estructura de los órganos y a los procesos de invención y justificación de las sentencias.³ Se ha puesto de relieve, efecto, cómo “a un incremento del pluralismo de los ordenamientos—especialmente en términos de legitimación de los procesos decisorios—no le corresponde un análogo aumento del pluralismo en las reglas de la justicia constitucional”, y cómo “(...) es indispensable, en particular para los comparatistas, una reflexión sobre la justicia constitucional como elemento estructural, constitutivo, inmanente, sistémico y no accidental de la forma de Estado”.⁴ En este estudio, pues, intentaremos aportar ciertos conocimientos para paliar este déficit, atendiendo, para ello, a ordenamientos que desde hace un tiempo están experimentando nuevas formas de organización de la relación entre justicia constitucional y legitimación pluralista de los tribunales. Como pone en evidencia Francesco Palermo, algunos límites a las categorías tradicionales son debidos, frecuentemente, “a una excesiva restricción del campo de acción de los juristas comparatistas, ya sea en términos geográficos (análisis demasiado limitado frecuentemente a pocos ordenamientos, y normalmente a aquellos más consolidados), ya sea, sobre todo, en términos de método de investigación”.⁵ Intentaremos, por lo tanto, escapar al menos de la rigidez de la primera objeción.

³ Pegoraro, L. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli, 1998. pp. 105-111; Luzzati, C. *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*. Bologna: il Mulino, 2009.

⁴ Palermo, F. Spunti per una futura ricerca su giustizia costituzionale ed equilibri istituzionali. In: Toniatti, R. y Magrassi, M. (a cura di) *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*. Padova: Cedam, 2011. pp. 316-321.

⁵ *Ibid.* 320.

El objetivo no es, ciertamente, el de sostener una acrítica recepción de los distintos paradigmas culturales y sociales, ni tampoco el de legitimar experiencias todavía no plenamente maduras e inevitablemente llenas de contradicciones. Se trata, más bien, de recepcionar, sobre todo en Europa, determinados indicios en torno a la necesidad de revisar los planteamientos dogmáticos clásicos a la luz de su insuficiencia respecto a las actuales expectativas y reivindicaciones de todos los pueblos de la tierra, lo que debe hacerse también a través de una mirada y aproximación a la “epistemología del Sur”.⁶

1. APORTACIONES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO A LAS TEORÍAS SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Con la expresión “neoconstitucionalismo” se pretende indicar, al menos en la doctrina italiana, la evolución del pensamiento filosófico del constitucionalismo clásico, entendido como la orientación de la doctrina y las instituciones relativas a los límites jurídicos del poder—básicamente desde el periodo de la segunda postguerra mundial—, hacia nuevos contenidos, identificados por algunos en: 1) una constitucionalización de los derechos, entendidos como normas jurídicas y, por lo tanto, directamente vinculantes tanto para los poderes públicos como, cuando es posible, para las relaciones entre particulares (y no como meros valores o normas programáticas); 2) una judicialización de los derechos, como consecuencia de su alcance normativo; y 3) una supranacionalidad de los derechos, como consecuencia de su “constitucionalización” en tratados internacionales regionales y universales. Barberis, por su parte, indica también otra característica importante de esta nueva visión: una “conexión entre reglas jurídicas y valores morales a través de los principios constitucionales,”⁷ que incide sobre el debate doctrinal y sobre las disputas jurisprudenciales, incluso “entre tribunales”, en torno a los criterios de interpretación constitucional.

⁶ Santos, B.d.S. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad/Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

⁷ Barberis, M. *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*. Modena: Mucchi, 2012. p. 52.

La expresión castellana “nuevo constitucionalismo” tiene, sin embargo, un ámbito de aplicación epifenoménico más estrecho, refiriéndose a la oleada de constituciones adoptadas en América Latina desde los inicios de los años 90 (desde la nueva Constitución colombiana de 1991, aunque hay quien incluye también la brasileña de 1988), y hasta llegar a las recientes experiencias ecuatoriana y boliviana de 2008 y 2009. Si bien las características teóricas del neoconstitucionalismo pueden encontrarse ciertamente en el “nuevo constitucionalismo” (basta pensar en la afirmación, muchas veces confirmada también por la jurisprudencia constitucional de diversos tribunales, de la total equiordinación de los derechos constitucionales, en consecuencia no jerarquizables de modo definitivo, y solo ponderables caso por caso), los dos conceptos no son completamente coincidentes, puesto que las reflexiones de la doctrina latinoamericana de los últimos años han puesto de relieve elementos específicos del fenómeno en América del Sur.⁸ Los elementos determinantes de aquello que en otro lugar he clasificado como una nueva forma de Estado,⁹ la evolución del Estado constitucional de derecho —esta última en cuanto encarnación institucional del neoconstitucionalismo—, pueden identificarse en la participación popular en el ejercicio del poder, *in primis* en el mismo proceso constituyente, en la interculturalidad, y en una nueva visión de las relaciones entre el hombre y la naturaleza, que constituye el fundamento, en algunos casos, del *intento de* adhesión a nuevos modelos económicos.¹⁰

También la justicia constitucional se ha visto afectada por este aire reformista, aunque sea aquella una de esas instituciones consideradas como “intocables” en el constitucionalismo moderno. Uno de los elementos distintivos del nuevo constitucionalismo es la tendencia hacia formas de participación popular en todas las funciones, lo que

⁸ Ávila Santamaría, R. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala/Universidad Andina Simón Bolívar/Fundación Rosa Luxemburg, 2011. p. 237.

⁹ Bagni, S. Del Welfare State al Caring State. In: AA.Vv., *Annuario italo-iberoamericano di diritto costituzionale*. Napoli: ESI, 2014. pp. 325-345.

¹⁰ Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: Viciano Pastor, R. (Ed.) *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: 2012. p. 38.

implica la búsqueda de un diverso equilibrio entre representación y soberanía popular, constitucionalismo y democracia.

Respecto al poder jurisdiccional, originariamente se consideró que “la cobertura del principio democrático del poder judicial se deduce en el constitucionalismo clásico de la sujeción del juez a la ley”.¹¹ Es bien conocido, efectivamente, que desde la teoría de la separación de los poderes y desde el positivismo jurídico, el juez –también el constitucional– fue concebido como un mero aplicador de normas, a través de mecanismos lógicos de deducción y subsunción.

Pero, en particular, a partir de la segunda mitad del S. XX, coincidiendo con el inicio de un irrefrenable flujo expansivo de la justicia constitucional, tanto desde la doctrina constitucional como desde la argumentación, la lógica, la filosofía, y la sociología, se desmontó, sin embargo, la “mística” positivista del juez como mero aplicador de un silogismo jurídico, mientras algunas voces, también a raíz de experiencias personales de diversos jueces constitucionales, defenderían, incluso, el carácter político de esta función, lo que no debe entenderse como “partidista”, sino, más bien, como especialmente orientado a la toma en consideración de una multiplicidad de opiniones, y a la libre búsqueda de un significado normativo coherente con los valores incorporados en las cartas constitucionales.¹²

El desafío es el de democratizar la justicia constitucional,¹³ lo que recuerda viejas, pero no del todo superadas, objeciones en torno a la disputa sobre el *quis custodiet custodes*, a las cuales el nuevo constitucionalismo responde con la búsqueda de un diverso equilibrio entre el principio de supremacía constitucional y la soberanía popular en el ejercicio de las funciones estatales.

¹¹ Palacios Romeo, F. El mito de la separación del poder judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica (En torno a una aporía del constitucionalismo clásico: *Quis custodiet ipsos custodes?*). In: *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, n. 9, 2011. p. 47.

¹² Zagrebelsky, G. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Torino, 2005.

¹³ Noguera Fernández, A. América del Sur: ¿democratizando la justicia constitucional? In: Noguera Fernández, A. (coord.) *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 299.

Si bien la multiplicidad de funciones atribuidas a los tribunales constitucionales, así como de los objetos del control (que llega hoy a incluir la misma reforma constitucional), ha sido considerada de manera positiva, entendiéndose que evidenciaba una forma de Estado notablemente garantista con los derechos constitucionalmente reconocidos, por otro lado, ha obligado a un cambio de opinión en torno a las objeciones relativas al carácter contramayoritario de la justicia constitucional, pero también a reconsiderar el peligro de una democracia de los guardianes, de origen platónico, recordada y criticada en la famosa obra de Dahl.¹⁴

Como es bien sabido, en Europa el debate doctrinal en torno a la convivencia entre el principio democrático y la supremacía de la constitución viene encarnado por la confrontación entre Kelsen y Schmitt acerca de *Wer soll der Hüter der Verfassungen sein*. En la construcción kelseniana el control sobre las leyes por parte del tribunal constitucional coexiste con un sistema parlamentario de democracia representativa, sin entrar, pues, en un indebido ejercicio de poder político. Esto ocurre en tanto la naturaleza jurisdiccional del tribunal, y por lo tanto su vínculo de subordinación a la ley, garantiza la prevalencia de un juicio basado sobre la razón, y no sobre la voluntad política, la cual se manifiesta, sin embargo, en el procedimiento legislativo. De hecho, también el propio Kelsen admite que ni siquiera el juez está en disposición de deslindar de forma neta los procesos de aplicación/creación del derecho y, en igual sentido, el campo del conocimiento racional de la voluntad creadora, por lo que la opción a favor de un guardián de naturaleza jurisdiccional, como el mismo autor inicialmente sostenía, no parece darse por sentada. En tal sentido, resulta interesante poner de relieve cómo, en el interior de la polémica con Schmitt, Kelsen toma también en consideración la hipótesis de la elección popular de los jueces constitucionales, aunque dudando de que tal solución sea la más adecuada al papel que el tribunal debe desempeñar.¹⁵

¹⁴ Dahl, R. *La democrazia e i suoi critici*. Roma: Editori Riuniti, 1997. título original: *Democracy and its critics*. Yale: Yale University Press, 1989.

¹⁵ Kelsen, H. Chi dev'essere il custode della costituzione. In: *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 284.

Para Schmitt, sin embargo, la defensa de la constitución no puede más que pertenecer a la esfera de lo político, en cuanto el atribuir un significado a las normas evidencia inevitablemente un acto de voluntad. Por tal motivo, sobre estas premisas, el único órgano político que en época weimariana podía ser considerado garante de la unidad del país, también considerando la base de su directa legitimación popular, era el presidente del *Reich*.¹⁶

Las posiciones de los dos grandes maestros del derecho constitucional son útiles para la comprensión histórica del problema, pero no sabemos hasta qué punto puedan ser aplicables a la realidad del S. XXI. Se requiere, de hecho, tener presente el contexto histórico desde el que brota esta diatriba, y que se convierte en el marco común para ambas posiciones: es decir, la afirmación del pluralismo político en los Estados europeos de inicios del S. XX, y el tránsito del Estado liberal al Estado social, con la consecuente desaparición de la unidad de valores del sistema jurídico, lo que representa un factor disgregante y desestabilizador. La reacción, igualmente crítica de los dos juristas, se manifiesta en el repliegue, por una parte, hacia los aspectos formales y procesales del derecho y, por otra, hacia los decisorios.

El contexto actual, sobre todo el latinoamericano, intenta, más bien al contrario, hacer del pluralismo el elemento progresista, así como dar expresión a la multiplicidad, realizando la igualdad en la diversidad. No se trata, por lo tanto, de vincular el juicio constitucional a la búsqueda del consenso, sino, más bien, de abrir lo más posible la interpretación constitucional al pluralismo.

Un ambiente quizá más similar al latinoamericano actual es el estadounidense de los años por la lucha de los derechos civiles. En Estados Unidos, ordenamiento en el que el control de constitucionalidad viene impuesto por vía jurisprudencial —no estando expresamente previsto en la Constitución—, el problema de la legitimación de los jueces respecto a la *judicial review of legislation* y su coordinación con la democracia representativa ha estado en el centro del debate doctrinal, sobre todo, en los años concomitantes e inmediatamente sucesivos

¹⁶ Schmitt, C. *Il custode della costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 240.

al activismo judicial de la Corte Warren (1953-1969). No obstante, ya en el programa de T. Roosevelt para las presidenciales de 1912 se preveía el uso del referéndum legislativo como medio para superar la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Con ello se ponía en evidencia cómo se vieron afectados de modo negativo los órganos directamente representativos por el ejercicio del poder judicial en la definición de la Constitución (¡no debe olvidarse que la celeberrima sentencia *Lochner*, mediante la cual el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad, por vulneración de la Enmienda XIV, de una ley estatal social de Nueva York que intentaba establecer un límite al horario laboral de los panaderos, es de 1905!).

Las fronteras entre jueces y legislador en Estados Unidos se definieron a través de la famosa nota 4 del caso *Carolene* (304 US 144, 152, n. 4 (1938)), en la que se especificaban los motivos que legitiman a un tribunal a ejercer un “*narrower scrutiny*” respecto a la general presunción de constitucionalidad de la conducta del legislador: en concreto, cuando la previsión legislativa entra de modo manifiesto en el ámbito de aplicación de una de las garantías previstas en las primeras diez enmiendas; cuando la norma puede prejuzgar “*discrete and insular minorities*”. Así, de este modo, el *judicial activism* podía prevalecer sobre el *majoritarianism* solo en casos limitados.

Owen Fiss, en un ensayo de 1979, afronta el problema de la legitimación de los jueces en el desarrollo de la función de interpretación de los valores constitucionales y de su actuación a través de procedimientos concretos como el *school busing* en los casos de desagregación. Dicho autor afirma que el papel del juez es el más adecuado para desarrollar esta tarea, ya que el proceso de *adjudication* le obliga a escuchar todas las voces y todas las posiciones, en una especie de diálogo público. Y por ello critica duramente la posición de quienes consideran que los jueces no están legitimados para un uso invasivo de sus poderes, dirigido a la reforma estructural del ordenamiento. Esta última posición normalmente se justifica apelando a la necesidad de hacer prevalecer las preferencias populares y, por lo tanto, mayoritarias del pueblo, que se expresa en la ley. Fiss sostiene que este modo de razonar es contrario al concepto mismo de Constitución como ley

suprema del país: “the judge is to give meaning to constitutional values, and he does that by working with the constitutional text, history, and social ideals. He searches for what is true, right, or just. He does not become a participant in interest group politics”.¹⁷ El legislativo, sin embargo, actúa exactamente en sentido opuesto, en cuanto expresión directa de grupos de interés populares, por lo que, en consecuencia, no hay ninguna conexión necesaria entre el *majoritarianism* y la interpretación constitucional. Y no se observa ni se ha explicado nunca –sino que más bien se ha dado por supuesto–, afirma Fiss, por qué los intereses políticos de un grupo deberían prevalecer, en la interpretación constitucional, sobre el juicio global que lleva a cabo un juez, que tendrá sus preferencias, pero que ejerce su función a través de un proceso que conlleva numerosas garantías respecto a su independencia (*due process, fair trial*, deber de motivación, etc.) y que, en particular en el caso del *constitutional adjudication*, se conforma como dialógico y, por lo tanto, abierto a la confrontación entre las más diversas posiciones. En esta relación dialéctica, Owen ve la esencia de la función de interpretación constitucional: es decir, un objetivo al que todos pueden concurrir para su consecución, más allá del principio representativo-mayoritario. De este modo, el juez puede colaborar en la apertura al diálogo llamando a terceros a intervenir en el proceso, en calidad de “*amicus curiae*”, de partes, o como un sujeto híbrido, el *amicus-litigante*.

En una similar trayectoria se encuentra también Alexander Bickel en su famoso libro *The least dangerous branch*. Bickel reconoce que la obra maestra de Marshall, que ciertamente se comparte desde el plano de los principios, no es perfecta desde la dimensión de la argumentación jurídica. De hecho, en el caso *Marbury* se afirma que el poder de *judicial review* se desprende necesariamente de la Constitución escrita y de la cláusula de supremacía; pero no se justifica en absoluto por qué deba asignarse a los tribunales antes que a otro órgano. Así, se sostiene que otorgar tal poder al Legislativo en razón de su legitimación electiva, sería absurdo en cuanto es propiamente en la Constitución donde se señalan los límites al ejercicio de tal poder, que

¹⁷ Fiss, O. *The Forms of justice*. Op. Cit., p. 10.

se encontraría en consecuencia con la capacidad para decidir sobre la fuente de sus propios límites. Sin embargo, el mismo discurso puede hacerse respecto al Poder Judicial. Y se apela, entonces, a la idea de que los jueces, en el ejercicio del *judicial review*, actúan como meros órganos resolutorios de una antinomia, mientras el Legislativo lo haría a través de decisiones políticas; sin embargo, habíamos ya señalado con anterioridad que esta aproximación positivista ha sido, ya desde hace tiempo, ampliamente criticada.

Bickel reconoce que la mayor objeción al *judicial review* es su carácter contramayoritario y, en consecuencia, en última instancia antidemocrático. Los jueces, de hecho, son un grupo de personas políticamente irresponsables, que modifican decisiones adoptadas por los representantes del pueblo, legitimados, sin embargo, por un proceso electoral y responsables frente al electorado. Como justificación a tal poder atribuido a los tribunales, Bickel apela a la formación de los jueces, a su capacidad para operar con los principios y para ponderar los intereses en juego; en definitiva, a la esencia de la *judicial adjudication*, que para los jueces es un ámbito mental. “(...) a decision of the Court must be self-conscious; it must be intelligible, rational, candid. (...) Self conscious intellectual candor in finding and following a rational path of decision is one of the chief assurance of disinterestedness”.¹⁸

En definitiva, también Bickel reclama una idea de justicia constitucional como diálogo constante entre el Tribunal y todos los sujetos implicados, desde las instituciones a la ciudadanía; en efecto, desde la interpretación de este autor, el Tribunal lleva a cabo un diálogo a través de los instrumentos procesales, permitiéndole no juzgar y, en consecuencia, escoger el momento social y políticamente más apropiado, para hacer madurar una decisión que sea lo más compartida posible.

Una diversa aproximación, aunque siempre dirigida a demostrar la convivencia posible entre el control de constitucionalidad judicial y el principio democrático sobre el plano de la legitimación, es el de Ely. Así, el autor le da un giro al problema: el defecto de legitimación y,

¹⁸ Bickel, A. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Op. Cit., p. 205.

en consecuencia, la naturaleza contramayoritaria del Tribunal, viene percibida como tal en cuanto a través del *judicial review* aquel no se limita a impartir justicia en un caso concreto, sino que afirma valores y principios con validez *erga omnes*, yendo frecuentemente más allá del Texto Constitucional. Mientras autores como Bickel, profundamente convencidos de la necesidad de esta función, buscan el fundamento de este poder creativo del Tribunal en un preciso sistema sustancial de valores y criterios interpretativos, que debería ser consustancial al Texto Constitucional (intentando, en consecuencia, reconducir la actuación del Tribunal a una mera función declarativa de un derecho ya escrito y existente, que ahora solo es sacado a la luz), Ely, basándose sobre todo en la obra de la Corte Warren, afirma que sus decisiones creativas, al servicio de los derechos electorales y de la tutela de las minorías, son legítimas en cuanto se conducen, no a la voluntad de imponer discrecionales sistemas de valores, sino a la tutela del principio democrático en sí y por sí.¹⁹ De este modo, la democracia entendida en sentido procedimental, como conjunto de instituciones y garantías que permiten la participación de todos en la definición de las políticas destinadas a regular la vida de la comunidad, se convierte en el fin mismo del control de constitucionalidad judicial, aminorando el problema de la legitimación.

Esta idea abierta de justicia constitucional, como un trabajo interactivo entre el órgano formalmente dirigido al control (que, por ejemplo, Fiss considera que debe ser legitimado desde la competencia técnica y no desde el consenso popular) y todos los destinatarios de las normas constitucionales, nos parece que está, más o menos implícitamente, en la base de varias instituciones previstas por el derecho procesal constitucional de muchos países de América Latina, para abrir el control de constitucionalidad a las aportaciones del más amplio número posible de sujetos, acercando los tribunales al pueblo, como por ejemplo en Colombia, donde la ciudadanía no solo impone la agenda al Tribunal a través de la vía de acceso directo (a diferencia de Estados Unidos, donde es el Tribunal Supremo el que elige el propio *docket* a través de la admisión discrecional de los *writ of certiorari*),

¹⁹ Ely, J. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 1980.

y donde se puede reconocer un espacio abierto de deliberaciones delimitado por instituciones como el *amicus curiae* y la solicitud, por parte del Tribunal, de conceptos a organizaciones de la sociedad civil. No es por ello una casualidad que en Colombia tengan lugar más manifestaciones públicas delante del Palacio de Justicia que del Parlamento: “Lo que no se puede afirmar es que la Corte sea una élite desconectada de los intereses de los ciudadanos”.²⁰

De este modo, el nuevo constitucionalismo andino ha confirmado la opción favorable a la atribución a los tribunales del control de constitucionalidad, pero intentando al tiempo construir esta función, no tanto como un poder separado y superordinado a los otros, sino como un poder difuso y lo más conectado posible a la base social.

2. HITOS DE DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS

El instrumento procesal tradicionalmente utilizado para garantizar un mayor grado de democratización en la justicia constitucional ha sido el de la ampliación de la legitimación procesal a través de formas de acceso directo de los ciudadanos a los tribunales, desde el amparo a la *actio popularis*.

No es una coincidencia, de hecho, que la acción pública de inconstitucionalidad en el ordenamiento colombiano esté prevista como “derecho político”, y regulada en el catálogo de derechos, en lugar de en la parte dedicada al Tribunal. En particular, se trata de una tendencia del derecho de participación hacia la formación, el ejercicio y el control del poder político, reconocido en el art. 40, cuyo párrafo 6 prevé entre las formas de ejercicio del derecho “Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”. Tal derecho se desarrolla en el art. 242.1, en virtud de la previsión de una amplia legitimación procesal: “Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este Título,

²⁰ Roa-Roa, J. intervento al seminario *El acceso directo de los ciudadanos al control judicial de las leyes y el modelo colombiano de control de constitucionalidad*, svoltosi presso l'Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, il 12 febbraio 2014, on line, <https://www.youtube.com/watch?v=q9mcb4COGsk>, 13-05-2014.

serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: 1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública (...)."

De otro lado, en Ecuador la legitimación activa popular ha sido generalizada a cualquier acción de garantía constitucional jurisdiccional, habiéndose concebido también aquí como una forma de exteriorización del derecho de participación.²¹ El art. 75 afirma que cualquier "persona" tiene el derecho de acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y rápida para sus derechos e intereses. Y el art. 86 prevé, a su vez, que: "Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución (...)"

Igualmente en Venezuela la ley sobre el sistema judicial parece enfocarse desde una visión universal de la justicia, abriendo vías de acceso al Tribunal Supremo y, por lo tanto, a su Sala Constitucional, también a los no ciudadanos. Entre los fines de la ley se suele señalar, de modo reiterado, el de la garantía de acceso universal de todas las personas al sistema, al objeto de asegurar el efectivo goce de los derechos humanos, mientras en el art. 5.c.2 se garantiza el derecho humano a la justicia. El art. 7, al definir los derechos de todas las "personas" frente al sistema de justicia, incluye, específicamente, en el párrafo 4, el derecho de acceso a los órganos que integran el sistema, al objeto de hacer valer sus propios derechos e intereses, tanto colectivos como difusos; y en el art. 28, titulado "Garantías de acceso a los servicios", se confirma que el sistema debe garantizar el acceso personal, directo y efectivo a todos los servicios.

²¹ "La acción de inconstitucionalidad, en su naturaleza, es pública y participativa, pues se vincula expresamente con el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; con ese propósito se otorga al ciudadano la facultad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley" (sentencia n. 0001-11-SIN-CC, Tribunal Constitucional de Ecuador).

Las experiencias señaladas pueden bastar para poner en evidencia la tendencia, típica de los ordenamientos latinoamericanos, a la ampliación de las vías de acceso a los tribunales. Pero no pretendemos ocuparnos de este argumento en los párrafos siguientes, y no porque resulte irrelevante, en absoluto, máxime en cuanto se trata de una característica común también a otros sistemas de reciente democratización como los de Europa centro-oriental, sino por el hecho de que tales instituciones procesales formaban parte, desde los orígenes, de la potencial estructura del control de constitucionalidad, tanto en la versión estadounidense, gracias al *writ of certiorari*, como en la elaboración doctrinal kelseniana, que realmente desaconsejaba su introducción por miedo a la sobrecarga de trabajo del Tribunal, saturado por la cantidad de recursos presentados.

Nos concentraremos, más bien, en los aspectos organizativos de la justicia constitucional que nos parecen originales del continente y expresivos de aquel carácter del neoconstitucionalismo, que busca conjugar el control de constitucionalidad con la democracia, a través de la aplicación del principio de participación popular en los mecanismos de selección judicial y en el proceso deliberativo de la sentencia. Nos referimos, en particular, a la institución del *amicus curiae*, a las garantías del pluralismo jurídico en la composición de los tribunales y, finalmente, a la elección directa de los jueces constitucionales. El orden seguido para dicho tratamiento no es casual, ya que pretende reflejar una valoración cualitativa en torno a la capacidad de cada institución para determinar, en sentido mayoritariamente democrático, el sistema de justicia constitucional.

Hacer una lectura del sistema de elección directa de los jueces como la forma de justicia constitucional más democrática, correspondería, en nuestra opinión, a una visión meramente formalista y procedimental de la democracia. El consenso popular –tanto en la fase de selección de los jueces como en el momento sucesivo a la emisión de la sentencia– por sí mismo, no legitima nada. En efecto, la función de interpretación y defensa de la constitución prescinde del consenso de la mayoría, que es más bien considerado como un argumento probatorio ulterior respecto

a la correcta explicación de la función, y no como su presupuesto justificativo.

Como hemos intentado justificar desde el inicio, remitiéndonos para ello a la doctrina inspirada en las teorías habermasianas del diálogo comunicativo, el carácter democrático de la institución reside *in primis* en la posibilidad de participación popular en la fase de deliberación de la sentencia, a través de la facultad de proporcionar a los tribunales, argumentaciones y puntos de vista externos al consenso judicial y a las partes procesales; por ello, la institución más significativa en estos términos es el *amicus curiae*, con las particulares modalidades previstas en los ordenamientos considerados. En segundo lugar, consideramos particularmente relevante la previsión del carácter plurinacional en la composición del tribunal, a través de la reserva de puestos a miembros de los grupos indígenas. De hecho, su presencia garantiza las competencias necesarias para una interpretación realmente intercultural de la constitución, como demuestra el caso ecuatoriano, por ejemplo, a través de los pronunciamientos y los “votos salvados” redactados por Nina Pacari Vega, magistrada indígena del Tribunal, que constituyen una aportación de la tradición cultural andina al razonamiento argumentativo del Tribunal.²²

Finalmente, la previsión de la elección popular de los jueces o, al menos, la participación del poder popular en la fase de propuesta y selección de los candidatos es, sin duda, algún síntoma de la voluntad política de construir un nexo de unión entre justicia constitucional y teoría democrática, sin que esto se convierta en una forma de representación política. Pero es, no obstante, el más débil de los tres elementos, en cuanto no influye sobre el proceso decisorio de los jueces, sino, únicamente, sobre su selección.

2.1. Los “amigos” de los tribunales

La institución del *amicus curiae* encuentra sus orígenes en el medievo inglés, siendo de aplicación inicialmente al proceso ordinario, para

²² Cfr. por ejemplo, la dissenting opinion en la sentencia 001-10-SIN-CC sobre el derecho a la consulta previa.

después extenderse también, por imitación del modelo estadounidense, hacia el constitucional.

Pero existen dos distintas tipologías de “amigo” que responden a *rationes iuris* diferentes, y que, probablemente, tienen un origen histórico diverso: la primera es la del sujeto llamado por el tribunal a colaborar en la solución del caso, por su competencia técnica; la segunda prevé, sin embargo, que sea el amigo mismo el que se integre en el juicio por propia iniciativa. En tal sentido, se ha puesto de manifiesto cómo la primera figura presenta fuertes analogías con la romana del *consiliarius*. En ambos casos, de hecho, los amigos en cuestión son llamados por el tribunal, y su intervención se presenta como objetiva e imparcial respecto a las partes, con la única finalidad de colaborar en la búsqueda de la verdad y de la justicia. El proceso inglés, de tipo acusatorio, no comparte el principio “*iura novit curia*”, típicamente continental, así que este carácter colaborador se acentúa, en particular, en su versión estadounidense, pues no es humanamente posible, en un territorio tan extenso y organizado de forma federal, que el juez pueda conocer todo el derecho existente.

La otra tipología de amigo es, sin embargo, un producto típicamente inglés, siendo en el peculiar contexto de formación del *common law* donde encontramos los motivos que están en la base de sus rasgos procesales: por ejemplo, en el hecho de que originariamente en los procesos penales por delitos contra la Corona el imputado no tenía derecho a la defensa. Por otro lado, otro elemento a considerar se encuentra en el hecho de que en este sistema jurídico el juez crea derecho a través del precedente vinculante: la solución del caso, por lo tanto, no tiene relevancia solo para las partes, sino que puede adquirir un efecto *erga omnes*, convirtiéndose en derecho general del Estado.

En el segundo supuesto, el amigo se integra en la causa para defender un interés propio, que incidentalmente coincide con el de una de las partes. Pero no se trata de un interés concreto y directo del amigo respecto a la causa que se está juzgando, porque en dicho caso aquel podría haberse constituido como interviniente. Hablamos más bien, en general, de un interés superior en la declaración de derechos constitucionales, que obviamente afectan a aquel en tanto,

por ejemplo, exponente de una minoría, de una organización de tutela de los derechos humanos, miembro de una categoría profesional, etc. Al objeto de que su intervención venga asumida por el tribunal, el amigo debe siempre demostrar un interés en la causa, distinguiéndose de este modo de la figura de la *actio popularis*; y en algunos casos debe también obtener el consenso de las partes procesales. Los diversos límites procesales que con el tiempo los tribunales han previsto para esta figura se justifican, sobre todo, en Estados Unidos, por la tendencia observada en los últimos años de un constante y creciente compromiso entre amigos y partes, de modo que la antigua función de garantía de la justicia ha sido suplantada por la del *lobbying judicial*. En consecuencia, podría decirse que esta figura acerca el debate procesal al debate político, no siendo quizá un caso que se haya desarrollado principalmente en los sistemas de *common law*, donde las sentencias son fuentes del derecho y, en consecuencia, el juez puede percibir, también de modo inconsciente, la exigencia de compartir al máximo las argumentaciones de hecho y de derecho sobre las que se sustenta el dispositivo procesal.

Se trata, sin lugar a dudas, de una institución que, desde el punto de vista de la legitimación de la sentencia, refuerza la posición del tribunal —sin perjuicio de que este decida seguir o no las argumentaciones del amigo—, por el solo hecho de haberlas tomado en consideración y de haber creado, de este modo, una especie de “proceso de diálogo” con la sociedad civil interesada.²³ La existencia de esta institución supone, en consecuencia, un importante factor de apertura y democratización del sistema de justicia constitucional, sin aparentes contraindicaciones, y fácilmente exportable a otras jurisdicciones.

La figura del amigo, en la versión de iniciativa de parte, es conocida y admitida, de derecho o de hecho, también en muchos ordenamientos latinoamericanos, como se demuestra en un reciente estudio de V. Bazán.²⁴ En Argentina ha sido la misma Corte Suprema la que ha

²³ Bazán, V. El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 10, 2006. pp. 19 y 45.

²⁴ Bazán, V. *Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional. In: *Rev. Iberoamericana de der. proc. const.*, n. 21, 2014, in corso di stampa.

introducido con carácter general la institución, ejerciendo, primero con la Acordada n. 28/2004 y después con la n. 7/2013, una presunta competencia reglamentaria en la materia. Así, las condiciones para que tenga lugar la intervención son las siguientes: 1. que la causa tenga trascendencia colectiva o interés general; 2. que el amigo pueda demostrar una reconocida competencia en la causa; y 3. que demuestre un interés por participar en la misma. En el primer reglamento, que fue aprobado por mayoría de los miembros del Tribunal, se indicaban como objetivos para introducir la institución, los siguientes: permitir la participación ciudadana en la administración de justicia así como el más amplio debate como garantía esencial del sistema democrático, y reforzar el sistema de justicia, como expresamente se prevé en el preámbulo de la Constitución. La reciente intervención normativa, que ha derogado el anterior reglamento, a su vez modificado en 2006, se aprobó por unanimidad, abriendo asimismo el Tribunal un procedimiento de consulta pública sobre el tema, que ha permitido incorporar en el texto final las observaciones de las organizaciones no gubernativas y de las instituciones que han intervenido.

El objetivo principal declarado por los jueces ha sido el de “pluralizar y enriquecer el debate constitucional, así como de fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por esta Corte Suprema en cuestiones de trascendencia institucional”. En el nuevo reglamento, tras las intervenciones jurisprudenciales del Tribunal sobre el tema, se especifica de forma más clara que la intervención del amigo debe tener como objeto “enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas”. Esto significa que la intervención no debe tener la específica finalidad de buscar una solución ventajosa para una de las partes, respecto a las que el amigo debe demostrar absoluta objetividad e independencia.

El art. 8 de la Acordada n. 7/2013 prevé finalmente que el Tribunal pueda invitar a órganos, agencias, entes y autoridades a intervenir en el proceso; pero la formulación literal de la disposición, que se remite a las condiciones previstas para la intervención como amigo, parece extenderlas también a estos sujetos, que asumirían, en consecuencia,

el rol de amigos, debiendo por ello respetar el objeto y los límites de la intervención.

Bazán sostiene que el rol del amigo puede ser particularmente útil para el Tribunal en los casos difíciles o incluso dramáticos; es decir, aquellos que implican un alto grado de emotividad, incluso pública, sobre la decisión final para los principios y valores ético-morales implicados, como los casos de aborto o eutanasia.²⁵

Pero, en nuestra opinión, el papel de amigo que nos señala este autor corre el riesgo de ser más un límite para el Tribunal que un válido instrumento clarificador de las posiciones jurídicas en juego, precisamente porque la intervención, partiendo de sujetos de algún modo también emocionalmente implicados en el asunto, tenderá a extremar sus propias posiciones. Y es que en estos casos podría, sin embargo, ser mucho más útil la otra versión de la institución, es decir, aquella que tiene lugar a requerimiento del Tribunal, menos difusa en la práctica. Como acabamos de ver, este tipo de amigo interviene desde su vertiente profesional, con el solo objetivo de ayudar al Tribunal a encontrar la solución más correcta, por lo que su contribución podría verdaderamente representar un válido contrapunto en la elaboración de la motivación de la sentencia lo más fundada posible, sobre principios ampliamente compartidos o que representan el mínimo común denominador de todas las posiciones en juego, y en consecuencia, aceptables por todos.

En Colombia, el art. 13 del Decreto 2067/1991 atribuye al magistrado relator la facultad de solicitar “conceptos” a entes públicos, organizaciones privadas y expertos reconocidos en las materias relacionadas con el tema del proceso, y que sean útiles para la redacción del borrador de sentencia. Los “conceptos” son públicos, la solicitud no interrumpe los plazos perentorios para emitir la sentencia, y los sujetos interpelados que se encuentren en conflicto de intereses están obligados a declararlo al Tribunal. Asimismo, el juicio puede originarse también en procedimientos de control de constitucionalidad, denominados abstractos u objetivos, cuyo propósito es la tutela de la supremacía

²⁵ *Ibíd.* p. 23.

de la Constitución sobre otras fuentes, sobre actos administrativos o sobre políticas gubernativas. De este modo, el Tribunal consulta de forma asidua a las asociaciones de juristas y a las universidades, que a su vez se organizan de tal forma que tienen grupos de trabajo permanente, compuestos por docentes y estudiantes ocupados en elaborar los “conceptos”.

El Tribunal colombiano se pronunció sobre la legitimidad constitucional del art. 13 a través de la sentencia C-513/1992. En primer lugar, declaró que la aportación de los invitados para emitir “conceptos” no mermaba en modo alguno la autonomía decisoria del Tribunal, ni eliminaba la responsabilidad única que a este corresponde en la decisión de la causa: “El concepto del experto nada decide, nada define; apenas ilustra o complementa y deja a salvo la plena autonomía de la Corte para decidir”. Sin embargo, el Tribunal ha reconocido que la aportación de sujetos especializados y de expertos en las materias – que pueden ser particularmente técnicas y son ajenas a la competencia profesional de los magistrados–, representa una valiosa ayuda y un notable apoyo a la mejora de la calidad de las argumentaciones que usan los jueces en la motivación de las sentencias.²⁶

Para reforzar la idea de que no se trata de una renuncia a las propias competencias decisorias, el Tribunal ha especificado que los “conceptos” se refieren solo a elementos de hecho del juicio, sin aludir a valoraciones jurídicas, y menos al juicio de legitimidad constitucional de las normas impugnadas, que corresponde únicamente al Tribunal.²⁷ No obstante lo anterior, se pone en evidencia cómo en la práctica, con el paso del tiempo, el Tribunal suele reclamar con frecuencia la intervención de sujetos especializados en materia constitucional, incluso en el

²⁶ “Las materias susceptibles de consulta con las entidades o personas a quienes llame el ponente como invitadas al proceso son todas aquellas que, por su especialidad o complejidad, escapen al ámbito de conocimientos o de formación de aquel, como sería el caso de estudios técnicos o científicos necesarios para sustentar la decisión, o de proyecciones, datos, estadísticas o definiciones cuyo conocimiento o análisis –en el área de dominio del experto– pueda ser aconsejable para que la proyección del fallo se sustente, sin errores de apreciación, en los principios que rigen la materia confiada al estudio de la Corte”.

²⁷ “Frente a ese juicio que efectúa la Corte Constitucional, los aspectos materia del dictamen son únicamente de hecho, es decir, aquellos relacionados con elementos sobre los cuales habrá de recaer el fallo pero que no pueden confundirse con el análisis jurídico reservado a la Corte; no atañen a su fundamentación constitucional ni a la inferencia jurídica sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma sujeta a su control”.

control de constitucionalidad, como por ejemplo ha ocurrido con la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, a través de específicas solicitudes para la emisión de opiniones especializadas sobre la disposición objeto de impugnación.

De otro lado, de particular relevancia es también el llamamiento a las normas y a los principios constitucionales que legitiman, según la Corte, el art. 13. El hecho de que el Tribunal escuche opiniones de expertos, pero en general de todos los que están interesados en afirmar la superioridad de la Constitución, dentro de un procedimiento objetivo y público como el de la acción de inconstitucionalidad, implica la realización de los propósitos que están en la base de la democracia participativa promovida por la Constitución, además de cumplir con lo dispuesto en el art. 95.c.7, que recoge el deber de cada persona y ciudadano de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.²⁸ Se trata, por lo tanto, de una institución que permite ampliar la legitimación de las sentencias del Tribunal, y que puede ser utilizada como argumento para contrarrestar el carácter antidemocrático atribuido a los sistemas de justicia constitucional.

En Ecuador, la Constitución ha previsto un sistema muy articulado de garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, que presta especial atención a la relación entre los órganos encargados de proveer la tutela de los derechos de los ciudadanos. En tal sentido, la decisión de otorgar la competencia a los jueces ordinarios relativa a la acción de protección, se tomó desde la constatación de que estadísticamente solo en las grandes ciudades, Quito y Guayaquil, se procedía en vía judicial a la tutela de los derechos constitucionales, por lo que se pensó en implicar también a los órganos periféricos del sistema judicial para acercar el instrumento de garantía a la persona perjudicada. Entre los principios procesales generales previstos por los jueces para la tutela de los derechos encontramos, en el art. 4.9

²⁸ “...esté permitido al magistrado ponente, sin violar la Constitución y, por el contrario, haciendo efectivos los propósitos de la democracia participativa por ella buscados, auscultar las opiniones y criterios que sobre el tema en estudio tienen las universidades, los sindicatos, los gremios, las asociaciones de profesionales, de productores o usuarios de bienes y servicios afectadas en una u otra forma por las normas sujetas a la decisión de la Corte, o que hayan efectuado estudios o cuenten con información que pueda contribuir a la mejor instrucción del proceso”.

LOGJCC, una genérica previsión de la figura de los intervinientes, mientras en el párrafo 10 se afirma que “Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía” el juez debe motivar la sentencia con un lenguaje claro y comprensible. Estas pequeñas estrategias nos ponen en evidencia cómo en la base de la regulación existe una voluntad de crear un canal abierto de comunicación entre los tribunales y los ciudadanos en el tema de la garantía de los derechos constitucionales. El art. 12, que lleva por título “Comparecencia de terceros”, prevé que “Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia”: la institución del amigo se introduce, en consecuencia, de forma generalizada en todas las jurisdicciones, pudiendo siempre el juez decidir si escuchar en audiencia pública a otras personas o instituciones, al objeto de resolver mejor la causa (art. 14).

En el caso más específico de la acción pública de inconstitucionalidad o control abstracto, de exclusiva competencia del Tribunal Constitucional, la LOGJCC prevé, en el art. 85, que dentro de los diez días desde el sorteo del juez ponente, el órgano que ha emitido la disposición impugnada o “cualquier persona”, pueda intervenir en el proceso para defender o impugnar la inconstitucionalidad de las disposiciones objeto de la acción, aportando, en consecuencia, nuevos puntos de vista, datos y elementos, que el Tribunal deberá tener en cuenta en el proceso deliberativo. Además, el art. 86, como ya se ha visto en el caso del Tribunal colombiano, permite al juez ponente recoger informaciones que considere necesarias y pertinentes al proceso, solicitando dictámenes a entes públicos, universidades, organizaciones privadas, o expertos, sobre puntos específicos relevantes para el análisis del caso. Los mismos sujetos podrán, en definitiva, solicitar la convocatoria de una audiencia pública con el objetivo de escuchar directamente a los intervinientes (art. 87).

2.2. El pluralismo jurídico

Se ha sostenido que una de las causas del fracaso de la importación en América Latina de formas del Estado liberal, primero, y democrático-

social, después, se encuentra en la naturaleza intrínsecamente colonizadora de estos modelos, contruidos sobre la idea de Estado, nación y ciudadanía. Se trata, de hecho, de instituciones y conceptos elaborados en un particular contexto histórico, económico y social, que fueron llevados al Nuevo Continente por parte de los colonizadores españoles y portugueses, y que se implantaron allí sobre un terreno con historia y estructuras culturales completamente diversas. Esta mala práctica se extendió también más allá de la independencia, prorrogando el status colonial de estos países, incluso frente a la reconquistada plena soberanía. Uno de los caracteres más innovadores del nuevo constitucionalismo andino es, precisamente, el de haber experimentado por primera vez en la historia de la independencia de estos Estados, un modelo nuevo de organización del poder, sin lugar a dudas todavía centrado sobre el concepto de Estado, pero hibridado con elementos propios de la cultura local, hasta el punto de que permite hablar de un primer ejemplo de Estado descolonizado.²⁹ Este aspecto se manifiesta de modo particularmente fuerte en las recientes Constituciones de Ecuador y Bolivia, que se autodefinen como Estados plurinacionales, es decir, constituidos a través de la relación paritaria de todas las culturas presentes sobre su territorio. Sobre el plano ordinamental este carácter se expresa a través del pluralismo jurídico, es decir, de la consideración del derecho indígena como fuente, y de la inclusión de la justicia tradicional indígena dentro del mismo sistema judicial nacional.

Todo ello incide de forma directa también sobre la justicia constitucional, ya sea por lo que se refiere a las funciones, ya sea por lo que atañe a la formación del órgano; lo que, en nuestra opinión, debe ser considerado como una señal del proceso de democratización de la justicia constitucional que hasta ahora hemos intentado ilustrar.

Respecto a las funciones de los tribunales constitucionales, los juicios sobre conflictos de competencia y de jurisdicción entre los tribunales estatales y los indígenas se insertan en el elenco constitucional, a los que han de sumarse los procedimientos de consulta del Tribunal

²⁹ Ávila Santamaría, R. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Op. Cit., pp. 75-80.

Constitucional en torno a la compatibilidad del derecho indígena con la Constitución, promovidos por los órganos de justicia indígena, como dispone el Código de Derecho Procesal Constitucional boliviano en sus arts. 128-132.

La recepción en la Constitución del derecho y de la cosmovisión indígena conduce a la necesidad de interpretar con un criterio intercultural, tanto el parámetro como el objeto del juicio por parte de los tribunales constitucionales. Por eso, releva el aspecto de la conformación del órgano. En Bolivia, en particular, el Tribunal Constitucional se califica expresamente como “plurinacional”: “no se trata de una mera y formal adición de lo “plurinacional” a la denominación; se trata de una concepción del órgano constitucional cuya estructura constitucional y orgánica debe y tiene que reflejar la pluralidad social, étnica, cultural, política, económica y jurídica del Estado boliviano”.³⁰ En consecuencia, está previsto que al menos 8 de 28 candidaturas presentadas al Parlamento deban ser exponentes de comunidades indígenas originarias y, como condición de elegibilidad, que los sujetos hablen al menos dos lenguas oficiales, el español y una de las lenguas originarias (condiciones que se aplicarán solo en la segunda vuelta electoral).

En nuestra opinión, dicha previsión no debe ser leída como un sistema de cuotas para la tutela de una minoría étnica, sino, más bien, como un instrumento necesario para garantizar una lectura e interpretación intercultural del texto constitucional, en una fase aún de experimentación respecto a esta nueva forma de Estado, para realizar lo que Boaventura de Sousa define la «ecología de saberes jurídicos». «La ecología de los saberes jurídicos se asienta en el aprendizaje recíproco de los dos sistemas en presencia y en el enriquecimiento que de ello puede resultar para ambos».

Se trataría, en consecuencia, de una medida que ve como bien protegido, no una “minoría”, entendida como grupo en desventaja, sino la Constitución misma, su naturaleza de pacto social intercultural

³⁰ Rivera Santivañez, J. La justicia constitucional en el nuevo modelo del Estado boliviano, on line, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/26.pdf> p. 650.

y plural, así como su alcance finalmente descolonizador. Según esta lectura, probablemente tal garantía ya no será necesaria en el futuro, cuando en efecto la “cultura constitucionalmente plurinacional” sea definitivamente difundida, construyendo un común sentir y un criptotipo interpretativo en la aplicación de la Constitución, que prescinde de la pertenencia originaria del juez a una comunidad indígena.

En Ecuador, la relación entre justicia constitucional y pluralismo jurídico se articula a través del poder del Tribunal para solicitar a un experto en materia de justicia indígena (facultad distinta de aquella, igualmente prevista, reconocida a los particulares u organizaciones para intervenir en el juicio como *amicus curiae*) de presentar un informe sobre el tema que es objeto de la causa.³¹ En particular, se señala que “La jueza o juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena y recibir opiniones de organizaciones especializadas en estos temas” (art. 66.11 LOGJCC, pero también el art. 46 del Reglamento del Tribunal). De hecho, la Ley Orgánica recuerda cómo en este caso el principio conductor del procedimiento ante el Tribunal sea el de la “interculturalidad”, a través del cual debe evitarse una interpretación de los hechos y del derecho aplicable, de carácter etnocéntrico y monocultural (art. 66.1).

Finalmente, en Venezuela el art. 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas prevé obligatoriamente que en los procesos ante las autoridades jurisdiccionales ordinarias de las que forman parte miembros de una comunidad indígena, el juez solicite un “informe” socio-antropológico y otro de la comunidad indígena o de su organización representativa, que permitan ilustrar el derecho y la cultura indígena, comisionado en el Instituto Nacional para los Pueblos Indígenas, o a un profesional idóneo.³²

³¹ Véase, por ejemplo, el caso Lacocho (sentencia 113-14-SEP-CC) de 30 de julio de 2014, en el cual, sin embargo, resulta cuanto menos dudosa la efectiva aplicación del principio de interculturalidad en la interpretación del supuesto.

³² El art. 141 prevé ulteriores garantías en torno al respeto por parte del juez ordinario de la cultura indígena en el ejercicio del derecho penal, por ejemplo imponiéndole la obligación de tomar en consideración su condición socioeconómica, juzgando según justicia y equidad, o con la obligación de conminar con preferencia penas diversas de la detención.

2.3. La elección popular de los jueces

En Venezuela, Ecuador y Bolivia las novedades en el tema relativo a las modalidades de elección de los jueces constitucionales se suman a aquellas que atañen a la selección de los jueces ordinarios, introduciendo formas más o menos amplias de participación popular.

En tal sentido, se ha sostenido que dichos ordenamientos expresan, aunque sea de forma embrionaria, “un nuevo modelo que comience a abrir la independencia de la judicatura y su legitimación democrática esencial por la vía de un marco de extracción participativa”.³³ Trazos de esta innovación los encontramos, sin embargo, ya en el pensamiento político del más grande protagonista de la historia de la independencia de América Latina, Simón Bolívar. En la Constitución de Bolivia de 1826 el Libertador proponía, de hecho, que los jueces fueran elegidos en parte por el pueblo y en parte por el Senado, con autorización del Congreso.

Respecto a la justicia constitucional, el único país que prevé la elección directa de los jueces del Tribunal es Bolivia, si bien descubrimos elementos para una implicación indirecta de la ciudadanía también en otros ordenamientos.

En Bolivia, la Constitución afirma enfáticamente en el art. 182 que los jueces del Tribunal Supremo de Justicia “serán elegidas y elegidos por sufragio universal”, así como los del Tribunal agroalimentario (art. 188), los miembros del Consejo de la Magistratura (art. 194) y los del Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 198). Esta representa, sin lugar a dudas, una de las mayores innovaciones relativas al poder judicial –inserta en la Constitución con el preciso objetivo de lograr la “democratización del sistema judicial”–.

El procedimiento tiene una parte común para todos los altos cargos jurisdiccionales. De este modo, la Asamblea Legislativa Plurinacional procede, con un quorum de 2/3, a seleccionar las candidaturas de los

³³ Palacios Romeo, F. El mito de la separación del poder judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica (En torno a una aporía del constitucionalismo clásico: *Quis custodiet ipsos custodes?*). Op. Cit., p. 16.

postulantes y a enviarlo al órgano electoral, que se ocupará del sucesivo procedimiento. La votación parlamentaria tiene lugar sobre la base de una preselección desarrollada en una comisión mixta, a través de una valoración sobre el fondo y una entrevista con dos preguntas extraídas a suerte sobre materias relativas a la tarea a desarrollar. De otra parte, los candidatos no pueden hacer campaña, y solo el órgano electoral está habilitado para proceder a la difusión de los curriculums de los candidatos, los cuales no pueden pertenecer, o haber pertenecido en el año anterior a la candidatura, a ninguna organización política.

Solo para los jueces constitucionales, el art. 199.c.2 prevé que las candidaturas puedan ser formuladas también por organizaciones de la sociedad civil y por los pueblos indígenas originarios y campesinos. Las candidaturas preseleccionadas deben ser 28, de las cuales la mitad deben ser mujeres, y al menos 8 de origen indígena originario campesino, entre los que ulteriormente también la mitad ha de ser mujeres.

En el panorama comparado, Bolivia resulta ser hasta hoy el único Estado en el cual está vigente un sistema semejante, debiendo excluirse el caso estadounidense en cuanto la elección popular de los jueces está prevista solo en algunos Estados miembros.

Parte de la doctrina ha vertido ciertas críticas sobre este sistema de elección, ligadas tanto a una argumentación teórica como a una mala implementación legislativa de la innovación constitucional. En general, se afirma que los jueces desarrollan un papel contramayoritario en la aplicación de la ley y en la defensa de los derechos, y que por este motivo no deberían estar ligados a ninguna mayoría o minoría política.³⁴ En el caso concreto, se denuncia la ilegitimidad constitucional de algunas disposiciones legislativas que regulan el procedimiento electoral; en particular, las disposiciones que prohíben la candidatura de quien ha patrocinado a personas que han resultado culpables de delitos contra la unidad del Estado o en causas relativas a la enajenación de recursos naturales o del patrimonio nacional, y de aquellos que hayan

³⁴ Rivera Santivañez, J. *La crisis del sistema judicial y la elección de autoridades judiciales*. Cochabamba, 2011.

participado en la formación de gobiernos dictatoriales,³⁵ así como también a quien haya defendido a sujetos condenados por delitos de narcotráfico; y finalmente, las normas de la ley sobre el régimen electoral que prohíben la difusión por parte de sujetos diversos del órgano electoral, de informaciones sobre la capacidad, habilidad y competencias de los candidatos. Además, Rivera Santiváñez muestra una seria perplejidad respecto al desarrollo legislativo que se realiza en torno a la regulación del voto y los requisitos para la candidatura: en concreto, la falta de previsión a nivel constitucional de la obligación de poseer un título universitario en derecho (se requiere “tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de derecho constitucional, administrativo o derechos humanos”, título que puede no tener quien ha desarrollado una carrera universitaria en derecho o quien ejerce la profesión de abogado. En tal sentido, ha de ponerse en evidencia, sin embargo, que tal requisito no está ni siquiera previsto en otros sistemas, como el estadounidense o el belga); la elección de un quorum de mayoría relativa sin barrera mínima de votos; la posibilidad dejada al legislador de prever la revocación popular de los magistrados a través del reenvío a la ley que se contiene en el art. 183.c.2; la sanción de inelegibilidad ante la subsistencia de la misma causa a que aludimos anteriormente para el Tribunal Supremo. No obstante, alguna luz encontramos, aunque haya quedado en letra muerta en la práctica, en la previsión contenida en el art. 20, cc. CC 6 y 7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, relativa a la necesaria participación de la función de control y de los ciudadanos mismos durante todo el proceso de presentación de las candidaturas y de preselección.

Las objeciones técnicas argumentadas por Rivera Santiváñez son todas ampliamente compartidas. Sin embargo, desde el plano de la teoría general no compartimos las mismas preocupaciones.

Ante todo, el peligro de politicización de los magistrados subsiste en igual medida, si no mayor, respecto a otros más difusos mecanismos de nombramiento (parlamentario, presidencial o gubernativo), donde se

³⁵ Art. 18.II.3) de la Ley n. 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional; art. 6 del Reglamento Interno de preselección de candidatas y candidatos para la conformación de los altos tribunales de justicia.

da una conexión directa entre la selección del candidato y la persona titular del cargo.

En segundo lugar, el riesgo de politización del órgano debería ser valorado no solo en relación con quien tiene el poder de elección, sino también respecto al sistema de selección de los candidatos. Sin embargo, ha de diferenciarse el sistema en el que cualquiera que esté en posesión de los requisitos que determina la ley, pueda postularse como candidato (y, por lo tanto, respecto al cual el voto es la única variable entre el candidato y el cargo), de aquel otro en que está prevista una preselección (en cuyo caso el voto popular no es el único elemento del que depende el nombramiento). En este segundo supuesto, debe ulteriormente distinguirse según el método de preselección seguido: sobre la base de un concurso público, de una elección parlamentaria, popular o presidencial, o de una combinación de ambos. En todos los casos en los que la selección está ligada a decisiones más o menos discrecionales de otros órganos, la “politización” del voto se diluye notablemente.

Además, el procedimiento electivo debe ser considerado en este caso como un método de selección, y no como un sistema representativo, debiendo constatarse que no hay un vínculo necesario entre los dos conceptos, puesto que la existencia de tal conexión depende de las reglas que regulan el mandato del juez. Así, el juez puede intentar crear relaciones clientelares frente a la posibilidad de reelección o de la previsión de revocación del mandato, en cuanto instrumento dirigido a hacer valer la responsabilidad política y jurídica de los electos frente a los electores. Pero, por regla general, el status de los jueces constitucionales está regulado de modo tal que se asegura la independencia, precisamente en virtud de la prohibición de reelección o por la existencia de un mandato vitalicio o ejercido por periodos de larga duración.

En resumidas cuentas, la función que desarrollan los jueces está intrínsecamente dotada de una notable carga de politización,³⁶ debido a la naturaleza de la fuente normativa que van a aplicar y a la eficacia *erga*

³⁶ Luzzati, C. *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*. Op. Cit., p. 220.

omnes de las sentencias. Precisamente, estas consideraciones podrían teóricamente justificar una legitimación popular de los miembros de los tribunales, en virtud del ejercicio de una función similar en sustancia a la legislativa, con el fin de ampliar la legitimación del órgano. En tal sentido, no podemos dejar de preguntarnos por qué la elección popular de los jueces (como método de selección, y no de representación) debería ser, en abstracto, en mayor medida objeto de crítica o resultar indeseable respecto al nombramiento presidencial o a la elección parlamentaria.

Pero si de una parte, desde el plano teórico, consideramos infundadas las críticas al sistema, diverso es el relativo a la valoración de su funcionamiento ante una experiencia concreta. Así, en el caso boliviano se puso de manifiesto cómo en la primera vuelta electoral acontecida en 2011, los ciudadanos se transformaron en meros ratificadores de decisiones de fondo adoptadas en el nivel de la Asamblea parlamentaria, con la reproducción por parte de los miembros de la Comisión parlamentaria de todas aquellas prácticas clientelares odiosas que se dieron durante la vigencia del sistema precedente, y con la agravante de la sucesiva confirmación popular de los nombramientos parlamentarios, como si fuese un procedimiento verdaderamente democrático.

Por todo ello, hemos de subrayar que la hipótesis de la selección popular de los jueces constitucionales no debería ser descartada *a priori*, sobre la base del único argumento político, sobre todo en contextos como el latinoamericano, donde frecuentemente existe un cortocircuito representativo y donde importantes componentes de la comunidad han sido desde siempre relegados del sistema institucional. La garantía de participación, omnipresente en los textos constitucionales y que emerge durante los procesos constituyentes, ha pretendido tener un lugar también dentro de la función del control de constitucionalidad, por lo que creemos que sea un deber del jurista intentar comprender su alcance, elaborando, si resulta necesario incluso, nuevos modelos interpretativos del fenómeno.

Por su parte, en Ecuador y Venezuela la participación popular en el nombramiento de los jueces es solo indirecta, es decir, no tiene

lugar a través de un trámite de elección, sino mediante la implicación en el procedimiento de preselección de los órganos constituidos desde la sociedad civil, como, por ejemplo, los diversos comités de postulaciones.

En concreto, en el caso de Ecuador, los nueve jueces constitucionales son elegidos siguiendo un complejo procedimiento que no prevé la elección popular directa, como en Bolivia, pero que indirectamente implica de todos modos al pueblo a través de la función de transparencia y control social. El “poder ciudadano”, junto al Legislativo y Ejecutivo, elige a dos miembros de la Comisión juzgadora encargada de conducir el proceso de selección de los jueces. Una vez integrado en el órgano de la función de transparencia y control, la Comisión emite un edicto para la propuesta de candidaturas por parte del Ejecutivo, de la Asamblea y del Consejo de Participación Ciudadana, cada uno con nueve candidatos, no pertenecientes a los órganos mismos. Tras una selección por títulos y méritos, con control social y posibilidad de impugnación popular del procedimiento, se nombran jueces los candidatos que han obtenido la mejor puntuación, mientras el resto se integra en una lista de elegibles para casos de sustitución temporal o permanente de un juez en el transcurso de su mandato. En tal sentido, se ha puesto en evidencia cómo en este caso no debería realizarse una lectura en términos de “democratización” del mecanismo de elección de los jueces de la Corte, sino, más bien, de su “despolitización”.³⁷ El Consejo de Participación Ciudadana, el órgano que ejerce la función de transparencia y control social que lleva a cabo el nombramiento, queda, de hecho, como un órgano representativo, es más, constituido siguiendo un mecanismo que podría en abstracto adelantar el corporativismo. El verdadero objetivo pretendido por el constituyente a través de la previsión de la participación de tal órgano en los procesos de nombramiento de altos funcionarios del Estado sería, más bien, el de sustraer tales procedimientos de la lógica de reparto clientelar y partidista precedente. Así, la verdadera garantía de independencia, en este sentido, vendría fundamentalmente de la renovación parcial

³⁷ Ávila Linzán, L. La constitucionalización de la administración de justicia. In: Ávila Santamaría, Ramiro. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 237.

del cargo y de la duración no coincidente del mandato respecto a los otros órganos políticos del Estado.³⁸

En Venezuela, por su parte, el art. 255 de la Constitución afirma que “La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas”. Además, el carácter participativo de la justicia se confirma también en la ley del sistema judicial, donde se alude entre los fines normativos, el de reforzar los medios de participación haciendo protagonista al pueblo en la formulación, ejecución y control de las políticas públicas sobre el sistema de justicia (art. 3.3 y art. 7.1). En particular, la misma ley insiste sobre la participación popular en la fase de selección y designación de los funcionarios del sistema judicial (art. 7.3).

Por otro lado, en el país no existe una corte constitucional *ad hoc*, sino una Sala Constitucional en la Corte Suprema. Y, al respecto, el art. 264 de la Constitución prevé que los futuros magistrados de la Corte puedan proponerse como candidatos ante el Comité de Postulaciones Judiciales,³⁹ tanto por propia iniciativa como a propuesta de organizaciones que operan en el ámbito de la justicia. El Comité, tras haber escuchado la opinión de la comunidad, efectuará una preselección, y los seleccionados vendrán propuestos al Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual, en los diez días sucesivos, llevará a cabo una segunda selección antes de la que corresponde a la Asamblea Nacional, que será definitiva, con votación por mayoría de dos tercios de sus miembros en los primeros tres escrutinios, y con mayoría relativa en la cuarta votación. Finalmente, está prevista la participación popular directa a través de la posibilidad que tienen todos los ciudadanos de presentar fundadas objeciones o cualquier otro tipo de documento al Comité o a la Asamblea Nacional;

³⁸ Aguilar Andrade, J. La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción. In: Andrade, S., Grijalva, A. y Storini, C. (Eds.). *La nueva Constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2009. pp. 98-101.

³⁹ El Comité de Postulaciones Judiciales, con base al art. 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es un órgano consultivo del poder judicial, que tiene por misión la salvaguarda de la formalidad ligada a la primera selección de los candidatos jueces. La mitad de sus miembros son elegidos por la Asamblea; la otra mitad son expresión de varios sectores de la sociedad, elegidos a través de un procedimiento público.

así como la indirecta, gracias a la atribución del poder de preselección a órganos representativos de la comunidad popular.

3. CONCLUSIONES: LA PARTICIPACIÓN POPULAR COMO NUEVO ELEMENTO CLASIFICATORIO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Tras haber constatado cómo el nuevo constitucionalismo latinoamericano, y de forma más acentuada el de matriz andina, ha influido en la organización y la estructura de los sistema de justicia constitucional de estos países, procede preguntarnos si los elementos de apertura hacia la participación popular en la fase de selección de los magistrados y en la de deliberación durante los juicios, pueden ser considerados todos ellos criterios determinantes para una nueva clasificación de los sistemas de justicia constitucional.

Según Pegoraro,⁴⁰ la clasificación de las experiencias de justicia constitucional no es posible realizarla ya sobre la base de la originaria contraposición entre el modelo estadounidense y el modelo kelseniano (que, no obstante, es muy útil en el plano didáctico). Dichos modelos fueron, en su momento, elaborados sobre la base de una serie de características consideradas en bloque como constitutivas, encontrando cada una el propio contrapunto en el modelo concurrente. Pero el nivel de hibridación alcanzado por la justicia constitucional a raíz de su planetaria expansión le sugiere al autor, sin embargo, que ha llegado el momento de proceder a efectuar una clasificación abandonando la originaria contraposición y examinando, paulatinamente, aspectos peculiares de la estructura y del proceso constitucional. De este modo, se obtienen diversos cuadros clasificatorios que colocan a cada ordenamiento en sistemas distintos, según el parámetro utilizado. Así, el aspecto de la “democratización” del sistema, es decir, del grado de apertura a la participación popular, podría ser considerado un parámetro autónomo de clasificación.

Según Constantinesco, en las investigaciones macrocomparativas la clasificación del objeto de estudio debe ser hecha distinguiendo

⁴⁰ Pegoraro, L. Elementos determinantes y fungibles en la construcción de los modelos de justicia constitucional. In: *Rev. iber. der. proc. const.*, n. 11, 2012. pp. 211-230; ID., *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistema*. Torino: Giappichelli, 2015. pp. 23-38.

entre los elementos determinantes y los fungibles del sistema. Para ser determinante, un elemento debe poseer características esenciales como la unicidad, la insustituibilidad, y la complementariedad. No obstante, el autor advierte que la concreción de los elementos determinantes se convierte, ella misma, en una elección que para la mayor parte depende de valoraciones subjetivas del investigador, de vez en cuando justificadas por el objetivo de su investigación. Constantinesco elabora la teoría de los elementos determinantes a propósito del estudio de los ordenamientos jurídicos; sin embargo, personalmente, ya hemos tenido ocasión de sostener⁴¹ que en realidad este método puede ser aplicado también a los estudios microcomparativos, centrados en particulares instituciones, como, por ejemplo, la justicia constitucional.

Siguiendo esta metodología comparada, debemos entonces preguntarnos si las instituciones de participación popular puedan ser consideradas un elemento determinante del respectivo sistema de justicia constitucional. “Todos los elementos jurídicos elementales tienen, antes de nada, un significado técnico. (...) Sin embargo, los componentes determinantes tienen, además, un significado ideológico y teleológico en cuanto dichos elementos se encuentran directamente relacionadas con el sistema de valores sobre el cual todo el ordenamiento es construido, de modo racional o inconsciente”.⁴² Desde las consideraciones que hicimos en el § 2 en torno al significado que tiene la participación como valor, principio y norma caracterizante del nuevo constitucionalismo andino, habríamos verificado ahora la tesis inicial según la cual el cambio en la forma de Estado ha influido de modo determinante en el modelo de justicia constitucional de estos países.

Hasta aquí ha podido demostrarse, en resumidas cuentas, que la participación popular es un elemento determinante de la forma de Estado, y que dicho elemento tiene una conexión estrecha con la regulación del órgano y del proceso relativo al control de constitucionalidad implementado en estos países. Pero ¿resulta

⁴¹ Bagni, S. Scienza comparatistica e classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale: riflessioni introduttive. In: Bagni, S. (a cura di) *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*. Bologna: BUP, 2013. p. 16.

⁴² Constantinesco, L.-J. *Introduzione al diritto comparato*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 224.

determinante también en el “microcosmos” de la clasificación de los sistemas de justicia constitucional? En tal sentido, una adecuada argumentación al respecto no podría prescindir de datos estadísticos y cualitativos, vinculados con: una comparación diacrónica entre la composición de la corte directamente elegida por el pueblo y su composición anterior, en la vigencia de mecanismos de nombramiento por parte de los poderes estatales, una evaluación estadística del número de las intervenciones y de los conceptos recibidos, y una valoración sobre la relación entre las argumentaciones aportadas desde el exterior y las efectivamente utilizadas por la corte en la sentencia. Todo esto se encuentra quizá todavía en un momento incipiente, dada la juventud de los tribunales considerados, e implicaría una dedicación más grande al respecto de aquella que aquí hemos realizado.

En lo que atañe a la potencialidad de la circulación de estas instituciones, en nuestra opinión, el ejemplo colombiano de los conceptos podría ser muy interesante para los sistemas europeos concentrados de justicia constitucional. De hecho, los tribunales podrían proponerse como directores de películas sobre la construcción colectiva de una conciencia constitucional en torno a los valores supremos recibidos como principios en la constitución.

En los países andinos, por su parte, se ha intentado “institucionalizar” el clima intercultural que se había producido durante los procesos constituyentes dentro de las asambleas, multiplicando después en la constitución los momentos, las fases, y los procedimientos que evidencian una gestión del Estado compartida con la sociedad civil, a la que se mantiene protagonista e implicada en la cotidiana aplicación de la constitución.

Por otro lado, donde la participación no ha encontrado espacios dedicados, con la excepción de las formas más conocidas de la democracia representativa y directa, los tribunales constitucionales, a través de la recepción de algunos de los instrumentos procesales analizados, podrían convertirse en una especie de motores de un renovado encuentro de la comunidad con el texto constitucional y con sus valores, contribuyendo de manera constructiva y apartidista a la redefinición permanente de la forma de Estado de muchos países europeos, incluido Italia.

CAPÍTULO 5

¿QUÉ TIPO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ADOPTAR FRENTE AL “DÉFICIT ECOLÓGICO” DE LAS CONSTITUCIONES? UNA COMPARACIÓN A TRAVÉS DEL PENSAMIENTO DE SLOTERDIJK

Michele Carducci*

1. Ecosistema y constituciones

Nuestra contribución a la reflexión y al debate comienza con el siguiente interrogante: ¿quién es el garante del ecosistema? La pregunta puede aparecer algo bizarra, pero esconde en su interior un núcleo problemático extremadamente significativo, sobre el que la teoría constitucional aún no ha elaborado unas contribuciones eficaces.¹

Se pueden ofrecer varias definiciones de lo que es un ecosistema; no obstante, el concepto principal identifica en todos los casos un conjunto de limitadas condiciones de existencia del ser viviente (es decir, de todos los seres vivos): es una prueba factual a considerar desde el punto de vista normativo, o sea, como el regulador de las decisiones y de las acciones de los seres vivos, incluido el ser humano. Todas

* Profesor ordinario de Derecho Constitucional Comparado - Università del Salento - Centro Didattico Euroamericano sulle Politiche Costituzionali – michele.carducci@unisalento.it

¹ Baxi, U. Towards a climate change justice theory? En: *J. of Human Rights and the Environment*, Vol. 7 No. 1, March 2016. p. 7-31.

las especies vivientes se atienen a tal “hecho normativo”, a excepción del ser humano.

Eugene P. Odum, uno de los más importantes ecólogos de todos los tiempos, ha aclarado de la mejor manera tal concepto: el ecosistema no es nada más que la relación entre el sujeto viviente individual y el resto de la población viviente considerada como ecosistema (plantas, animales, organismos, aire, agua, luz, etc.); más en general y utilizando un léxico más cercano al derecho, es la relación existente entre el interés individual y el interés de la colectividad.² Dicha relación, además, produce los servicios que permiten la supervivencia de todas las especies del reino viviente (la producción de agua, aire, luz, etc.).³

Los ecólogos afirman que el futuro de la humanidad – considerada como especie viviente – está amenazado por la no-gestión o por la gestión insostenible (conceptos que, en términos ecológicos, resultan ser exactamente lo mismo) de tal relación.

El crecimiento demográfico y el desarrollo tecnológico han creado las condiciones para incrementar cada vez más la demanda de espacio, energía y recursos que ya hoy en día influyen negativamente las relaciones ecosistémicas; contemporáneamente, la distribución del bienestar cada vez más difundido bajo todos los puntos de vista – objetivo declarado de Gobiernos e instituciones de todo el mundo – requiere necesariamente un proporcional incremento de la demanda de explotación de aquella relación a la que no se puede dar una respuesta totalmente tranquilizadora, considerando el nivel actual de conocimientos y tecnologías de los que se dispone.⁴

El ecosistema, entonces, junto a todos los servicios que pone a disposición de los seres vivientes, propone un término de referencia que, de manera implícita o explícita, no puede no estar presente y constringente en todas las cuestiones teóricas y prácticas de

² Odum, E.P. *Ecology and our Endangered Life-Support Systems*. Stamford (CT): Sinauer, 1989.

³ Mooney, H.A y otros. *Ecosystems and Human Well-Being*, 2005. Recuperado desde: <http://www.millenniumassessment.org/documents/document.356.aspx.pdf>

⁴ Véase la investigación comisionada por la NASA, *Human and Nature Dynamics (HANDY): Modeling Inequality and Use of Resources in the Collapse or Sustainability of Societies*. Recuperado desde: www.sesync.org/.../motesharrei-rivas-kalnay.pdf y también: <http://advances.sciencesmag.org>

convivencia entre los seres vivientes; y, por ende, también en las discusiones a propósito de convivencia humana, de las que se ocupan las constituciones.

Pensemos en el mecanismo de la así llamada “huella ecológica”, elaborado por Mathis Wackernagel (y formalizado en el Global Footprint Network) para hacer evidente la inclusión del ser humano en el ecosistema, a través de indicadores que ponen frente a frente el consumo humano de recursos naturales con las capacidades del planeta de regenerarlos.⁵

No obstante sus límites, la “huella ecológica” es un indicador añadido y sintético que pone en relación los estilos de vida de una población con la cantidad de naturaleza necesaria para sustentarlos, representando dicha relación con un parámetro fácilmente comprensible: el área (expreso en hectáreas/per cápita) de superficie natural productivo, utilizado para satisfacer nuestros consumos y para absorber nuestros deshechos; es decir, un espacio en el que se tienen comportamientos humanos, que sería propiamente la dimensión física del derecho, el *nomos* de la tierra (el *Ortung/Ordnung* humano descrito por Carl Schmitt).

Se puede pacíficamente afirmar, por lo tanto, que la “huella ecológica” registra y mide el *nomos* del ecosistema.

En definitiva: ninguna constitución en el mundo trata la temática de la “huella ecológica”. En Europa, después del Pacto Fiscal Europeo (conocido también con el anglicismo *Fiscal Compact*), las constituciones hablan con prioridad de “equilibrio de presupuesto”, límites al gasto público y a la deuda financiera, vínculos de gasto. Sin embargo, no dicen nada a propósito de los límites del ecosistema ni de la deuda ecológica o de los vínculos al consumo.

De hecho, las constituciones persisten como reglas constitutivas de una convivencia “antiecológica”, o por lo menos “a ecológica”.

⁵ Wackernagel, Mathis.; Monfreda, Chad.; Deumling, Diana and Dholakia, Ritik. *Household Ecological Footprint Calculator*, ©Redefining Progress, v 3.2, Feb, 2003,

Viceversa, todas las constituciones se preocupan del tema de la convivencia económica y social.

2. EL “DÉFICIT ECOLÓGICO” DE LAS CONSTITUCIONES Y SUS CAUSAS

¿Qué hay que hacer frente a dicho “déficit ecológico”⁶ de las constituciones?

¿Las técnicas decisorias del derecho constitucional contemporáneo, basadas en el paradigma económico y social del et-et (en términos de “ponderación” y de “proporcionalidad”), conjugado con el principio de “precaución” como mera “prudencia” frente a las cogniciones dadas, resultan ser herramientas compensatorias de dicho “déficit”?

Los filósofos de tal “antropotécnica” - cuya expresión son, de hecho, las constituciones – dicen que no lo son.

Peter Sloterdijk declara textualmente que «La situación actual en el mundo se caracteriza por no poseer ninguna eficiente estructura co-inmunitaria para los miembros de la sociedad mundial».⁷

De hecho, la característica de todas las lógicas et-et es la de intentar construir soluciones “contingentes” de manera elusiva, es decir, incapaces de edificar un «sistema de protección general, dirigido a preservar la integridad de la especie humana de todas las amenazas externas».

Por otra parte, quien ha definido el momento constitucional actual como “la era de las ponderaciones”,⁸ ha subrayado que la “ponderación” funciona exactamente en cuanto “contingente”, traduciéndose o como solución *ad hoc*, y entonces como herramienta “temporal” de “neutralización” de un conflicto individual, o como estratagema metafórico de compatibilidad entre problemas (a través

⁶ Muchos científicos hablan de un verdadero colapso del ecosistema terrestre, y no solamente de un simple “déficit”: Diamond, J. *Collapso. Come le società scelgono di morire o vivere*, trad. it., Torino: Einaudi, 2005.

⁷ Sloterdijk, P. *Devi cambiare la tua vita. Sull'antropotecnica*, trad. it., Milano: Raffaello Cortina Editore, 2010.

⁸ Aleinikov, T.A. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, trad. cast., Lima: Palestra, 2010.

del así dicho *definitional balancing*).⁹ No obstante, tal como concluye el constitucionalista estadounidense, la “ponderación” no produce ninguna estructura definitiva de tipo sistémico.

Traduciendo el discurso al lenguaje de la ecología, habría que decir que la “ponderación” no es ecosistémica, y, por ende, no incide – si no de manera contingente – en el “déficit ecológico”. Todo esto aparece paradójico, puesto que la “ponderación”, teniendo en cuenta su lógica inclusiva et-et, tiene como finalidad la garantía de una convivencia humana equilibrada y pacífica (aunque sí en el ámbito de la contingencia).

Siempre, según Sloterdijk, siguiendo la línea de reflexión de la Escuela de Frankfurt a propósito del antinaturismo típico de la dialéctica de la Ilustración, la razón de dicha paradoja se tiene que hallar en la dicotomía naturaleza/cultura, que ha triunfado claramente en la Edad Moderna, marcando el nacimiento del constitucionalismo como “cultura” (y no como “naturaleza”) de la convivencia humana. Con el moderno constitucionalismo, las reglas devienen una herramienta exclusiva de los intereses de las relaciones humanas, más allá de la misma naturaleza. En tal sentido, Paolo Grossi ha definido el constitucionalismo moderno como “mitología jurídica”.¹⁰

Por esta misma razón, tal como evidencia Sloterdijk, las herramientas reguladoras e institucionales de la convivencia humana, a partir de las constituciones, funcionan como mecanismos de “superación” [*Überwindung*] de los límites y de los vínculos del ecosistema, y no de adaptación a este último. Entre otras, esto explica la correspondencia entre constitucionalismo y capitalismo como lógicas productivas de la creación ilimitada de “bienes” y de “tutelas” exclusivamente interhumanas.

⁹ El ejemplo más inmediato de ponderación “definitoria” se puede encontrar en aquellas decisiones que se legitiman con base a la argumentación que a la “competitividad” (de un sistema económico) y a la “sostenibilidad” (del medio ambiente) son compatibles; dicha compatibilidad, en realidad, depende de una serie indeterminada de variables que el legislador no puede encuadrar preventivamente. A propósito de dicha técnica de decisión, véase la Sentencia de la Corte Constitucional italiana n.32/2015 sobre los servicios hidrológicos “integrados”. Sobre esta contradicción, Ost, F. *Inventar a natureza: a irresistível ascensão da patente. em A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2014. pp. 79-94.

¹⁰ Grossi, P. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2007.

No parece una casualidad que el biólogo sistémico Ludwig Von Bertalanffy haya observado que las técnicas jurídicas funcionales a la lógica de la contingencia y del intercambio (incluidas hasta las que resultan ser las más inclusivas de todos los problemas de convivencia como la “ponderación” constitucional) se desvelan irrelevantes y hasta dañinas hacia la complejidad del ecosistema.¹¹

Sloterdijk concluye diciendo que la cultura y la naturaleza se sitúan en dos ejes paralelos y verticales: «mientras la extinción habría sido el resultado más probable entre los tentativos puestos en acto por una especie para poder vivir, la supervivencia, juntos con la súperhumanización [*Überhumanisierung*], encarnan la tendencia a subir de la probable a la menos probable de todas las reglas inventadas por el hombre».¹² Como consecuencia, no obstante la capacidad de neutralizar los riesgos para la supervivencia, a través de la superación de sí mismo, marque la misma humanidad del ser humano, el efecto de dicho paralelismo no es la inmunización del hombre del ecosistema. Al revés, eso demuestra todo lo contrario, ya que el “déficit ecológico” no constituye un efecto accidental extrínseco, más bien el evento ápice de la historia del hombre.

El ser humano, entonces, a través de su cultura, tiene que construir nuevas reglas y prácticas que se puedan acordar por fin con el ecosistema.

Sloterdijk define dichas reglas utilizando dos fórmulas recopiladoras: las prácticas «socio-inmunológicas», es decir, unos sistemas defensivos codificados y aptos a la resolución interna de las controversias entre miembros de la sociedad frente a los problemas del “déficit ecológico”; y las prácticas simbólicas o «psicoimmunológicas», con las que actuar

¹¹ Entre otras, las importantes posturas epistémicas y teóricas de Ludwig Von Bertalanffy se cruzan con las de I. Prigogine, Fritjof Capra, Peter Singer, Aldo Leopold, Arne Naess, Félix Guattari, Luc Ferry. En Italia, véase el reciente Capra, F.; Luisi, P.L. *Vita e natura. Una visione complessa*. Aboca Edizioni, 2014.

¹² La perspectiva de Sloterdijk parece similar a la del antropólogo Eduardo Viveiros de Castro a propósito de la contraposición entre “multinaturalismo” (una sola cultura, muchas naturalezas vivientes), compatible con cualquier ecosistema (típico de las poblaciones indígenas), y el “multiculturalismo” (una sola naturaleza, muchas culturas), en el que la naturaleza se unifica como “objeto” de la cultura (típico de la filosofía de vida occidental).

unos modelos de protección de las personas de las insidias debidas a la volubilidad de sus intereses y de su oportunismo frente a la naturaleza.

3. CONSTITUCIONES Y JUECES COMO LEGITIMADORES DE *PRAXIS* «INMUNOLÓGICAS»

En el panorama de la comparación ¿existen unas constituciones que, no obstante no expliciten el problema del “déficit ecológico”, legitiman unas *praxis* “inmunológicas” en el dúplice significado deseado por Sloterdijk?

Observando el contexto latinoamericano originario, la respuesta parece parcialmente afirmativa, sobre todo respecto a las disposiciones como la del artículo 225 de la Constitución brasileña y a los mandatos ecológicos de las Constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009).

Las perspectivas de los tres países perfilan escenarios diferenciados, que parecen calcar las dos posibles opciones en el marco de las estrategias de cooperación, frente a los desafíos del “déficit ecológico”: se habla de la perspectiva «socio-inmunológica» de la “reglamentación” de los confines (parece el caso de Brasil); y la «psicoimmunológica», dirigida a la protección del ecosistema y de las personas a través de una jerarquización de las prioridades de convivencia, basadas en el criterio del llamado *favor naturae* (es este el caso de Ecuador y de Bolivia).

Intentemos averiguarlo.

La diferencia emerge claramente observando el rol del juez como “poder de ponderación” de los conflictos ambientales.

a)

En Brasil, la *praxis* «inmunológica» se realiza a través de tradicionales herramientas procesales, como la ampliación del litisconsorcio mediante la figura del *Amicus Curiae*.¹³ Tal instituto, efectivamente, se justifica en cuanto mecanismo de transmisión de informaciones técnicas sobre cuestiones complejas que sobrepasan la cognición

¹³ Medina, D. *Amicus curiae. Amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

del juez y no constan necesariamente en la defensa de un interés cualificado – individual o colectivo –, más bien en una dimensión “transindividual” de representación de los problemas comunes a las partes en causa.

Previsto en el juicio de control de constitucionalidad (§ 2 del art. 7 de la Ley n. 9.868/1999), el *Amicus Curiae* habilita a las personas físicas y a los sujetos titulares de intereses calificados o especializados en las cuestiones objeto de la controversia (artículo 20 de la misma Ley); el instituto, en particular, posee un rol de auxilio, dependiente del objeto de la contienda y asignado a la discreción del juez, que será el único que podrá utilizarlo, sin ningún impulso de parte.

Su finalidad, por lo tanto, no es colmar las lagunas epistémicas del juez, sino ampliar el campo de su cognición a propósito de los sujetos interesados en la decisión. Por esta razón, también, se ha apoyado la tesis de que el *Amicus Curiae* sirva para ampliar la audiencia de los interesados directos al caso concreto, favoreciendo la ponderación.¹⁴

Solamente algunas propuestas de extensión del instituto a otros ámbitos procesales parecen ofrecer unas implicaciones más amplias para dicha herramienta, finalizadas a alcanzar una participación más grande, sobre todo cuando se quiere justificar el recurso a ella en razón de “repercusiones sociales y ambientales de la controversia”, pendiente delante del juez.¹⁵

La base argumentativa de dichas propuestas se identifica en el artículo 225 de la Constitución brasileña, en concreto en la parte en que el “derecho fundamental al medio ambiente” está evocado como derecho al “equilibrio ecológico”.¹⁶ Sea cual sea su portada normativa y, sobre todo, su justiciabilidad, la disposición identifica

¹⁴ Hennig Leal, M.C. La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *Amicus Curiae* en el derecho brasileño. En *8 Estudios Constitucionales*, 1, 2010. p. 290.

¹⁵ Para consultar las propuestas, véase el sitio web federal: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>

¹⁶ Consúltense: Ramos Tavares, A. *Constituição do Brasil integrada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 424 ss.; Gomes Canotilho, J.; Ferreira Mendes, G.; Sarlet, I.W. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, IDP, 2014. p. 2078 ss.

el objeto específico de la comparación actual en Brasil.¹⁷ Y las líneas de discusión son tres, clasificadas de manera significativa en términos de “antropocentrismo puro”, “mitigado” y “no-antropocentrismo”, en razón de las modalidades de declinación propuestas en la relación entre reglas constitucionales y ecosistema.¹⁸

b)

Resulta distinta la perspectiva del nuevo constitucionalismo andino, ya que la Constitución de Ecuador establece el principio del *favor naturae*, y la de Bolivia, el principio de la regeneración de la Madre Tierra, ambas expresiones de una perspectiva “multinaturalista” de la convivencia social.¹⁹

Aquí el discurso se vuelve más complejo.

En Ecuador, el *favor naturae* se halla principalmente en el artículo 398, n.4, de la Constitución, junto con los artículos 396, 397 y 398 de la misma, allá donde el favor se declina en las funcionalidades de la solución de los conflictos y en términos de participación ciudadana; todo esto, coherentemente, entre otras, con el Título IV sobre la participación en los poderes, incluido el judicial, y con el Capítulo II del Título IV sobre la garantía de la supremacía de la Constitución a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, funcionalmente con una distinta *Ergreifung* de la economía, reglamentada en detalle por el art. 283, que constitucionaliza el modelo de economía ecológica del llamado “estado estacionario”,²⁰ finalizado a proporcionar un

¹⁷ Sarlet, I.V.; Fensterseifer, T. Direito constitucional ambiental. Estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. En: *Revista dos Tribunais*, 2011. p. 26 ss.

¹⁸ Benhamin, A.H.V. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. En: *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 1, vol. 1, 2/2001. p. 155. Recuperado desde: http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Cadernos/caderno_2.pdf

¹⁹ El concepto de “multinaturalismo”, entendido como pluralidad de ontologías en la unidad de la epistemología ecosistémica, se debe al antropólogo Eduardo Viveiros de Castro. Cfr. http://www.oquenofazpensar.com/adm/uploads/artigo/perspectivismo_e_multipluralismo_na_america_indigena/n18EduardoViveiros.pdf

²⁰ Elaborado por el economista ambiental Herman Daly a partir de los años Setenta (*Toward a Steady State Economy*. San Francisco: Freeman, 1973) y retomado en *Oltre la crescita. L'economia dello sviluppo sostenibile*, trad. it., Torino: Edizioni di Comunità, 2001.

paradigma ecosistémico (y no exclusivamente social) al mercado y a las políticas de crecimiento y de desarrollo.²¹

Teniendo en cuenta dichas disposiciones, la naturaleza no puede jugar un rol instrumental a los derechos y a sus ponderaciones, ni tampoco es merecedora de una tutela en la medida en que asume un valor de uso y/o de intercambio (según la lógica del “capital natural”). Al revés, pasa a ser un bien relacional constitucionalmente prioritario y prevaleciente sobre el individualismo axiológico de las prácticas de ponderación, exactamente porque identificada, no tanto como un objeto material de apropiación (y protección), sino como “sujeto” de las mismas relaciones humanas.

La naturaleza, entonces, se vuelve ella misma una regla constitutiva de la Constitución: en el lenguaje de la doctrina constitucional italiana se hablaría en este caso de “regla de régimen”.

Ulteriores disposiciones constitucionales ecuatorianas y bolivianas se reconectan a dicha visión: el “derecho a la restauración” de la naturaleza (art. 72), fórmula que tiende a que sea independiente – y por ende paritaria – la pretensión subjetiva de la naturaleza respecto a las cuantificaciones subjetivas de indemnizo o de compensación para la explotación de sus recursos y de sus servicios ecosistémicos en las relaciones sociales; la inversión de la carga de la prueba a su favor (arts. 396 y 397); la titularidad “plural” (y no simplemente “difusa”) de su ejercicio en las distintas sedes de los poderes constitucionales (art. 74), funcional no tanto al enriquecimiento de los intereses ponderables en los “casos” individuales, sino al incentivo de la emersión de sus diferentes formas de manifestación (art. 71, tercer párrafo; art. 72, segundo párrafo; art. 73), como núcleo de intangibilidad por parte de la discrecionalidad política, administrativa y judicial (tal como atestiguan las cláusulas interpretativas de la integralidad del texto en los arts. 32, 83, 275, 340, 427), como elemento de refuerzo de las numerosas reservas de ley presentes en el texto, como complemento

²¹ Cfr. Navas Alvear, M. Buen Vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. En Marcilio Pompeu, G.; Carducci, M.; Revenga Sánchez, M. (orgs.). *Direito constitucional nas Relações Econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 421 ss.

indisponible de los derechos fundamentales, y no como elemento ajeno o exterior a estos (art. 11), y como premisa de la progresividad de los niveles de tutela, en alternativa también a las dinámicas “multinivel” de los derechos fundamentales.²²

No es una casualidad que las “cláusulas de desarrollo”, presentes en Ecuador y en Bolivia, no estén mezcladas con el régimen de la economía, tal como ha ocurrido en las constituciones europeas, sino con las reglas de construcción del poder ciudadano. De hecho, es la participación que promueve y garantiza el desarrollo de los derechos. Su contenido tangible viene de aquí, de la emersión deliberativa, y no de la supremacía de la argumentación judicial: solo en la participación se pueden experimentar las *praxis* «inmunológicas».

Pues ahora, desde el punto de vista de la dinámica del contencioso judicial, los efectos de ese dúplice recorrido son básicamente cuatro:

- transformar el procedimiento judicial de un lugar sapiencial de las fórmulas jurídicas a un espacio participado de concurso al conocimiento de la realidad en su integridad natural, y no exclusivamente social;
- democratizar el mismo conocimiento, tanto técnico cuanto antropológico y social, como bien relacional del proceso;
- evitar que el tema del “equilibrio ecológico” se reduzca a una cuestión meramente “cultural”, de la que el juez se vuelve el único interprete y traductor para descontextualizar la realidad social y natural;
- visibilizar (en cuanto antinomia) la colisión entre los derechos fundamentales, subsumiéndoles como complemento suplementario a los derechos de la naturaleza (el juez no tiene que reglamentar, mediante sabias mediciones, la “lucha” entre derechos – tal como ocurre en la “ponderación libre” –, sino averiguar su *buen vivir*, o sea, la “armonía” con la naturaleza como contenedor de todas las condiciones vitales para el ejercicio de cualquier derecho).

²² En dicha óptica se explica la articulada abertura/cierre de la Constitución hacia herramientas y parámetros supranacionales e internacionales para el reconocimiento de los derechos (el Título VIII Cost.).

Es exactamente en dicha articulación que reside la visión de la soberanía “compartida” del nuevo constitucionalismo andino.²³

Por lo tanto, el desafío de dicha compleja escritura constitucional no es ni axiológico (proclamar un valor que pueda inspirar – uniéndolas – políticas, interpretaciones y acciones en un “cuando” ontológicamente inmutado que se refiere únicamente a la dimensión social de la vida), ni tampoco cultural (promover el pluralismo como forma de “diálogo” entre tradiciones jurídicas), sino metodológico: construir un método de cooperación y mutualidad que se base en “derechos” de la naturaleza, como contenedor sostenible de la convivencia de todos los seres vivos. Se podría concluir, finalmente, que el desafío es justamente la experimentación de *praxis* «inmunológicas».

4. CONCLUSIÓN INTERLOCUTORIA

En las experiencias de comparación, las cláusulas del nuevo constitucionalismo andino aparecen como las más originales de cara al problema del “déficit ecológico”.

No obstante esto, dichas cláusulas generan ulteriores interrogantes, sobre todo frente a los procesos de deliberación democrática, ya que se inspiran al postulado del favor.

En nombre de la naturaleza, los sujetos constitucionales no solo no pueden reivindicar las exigencias de “ponderación” de los intereses y de los derechos, sino, sobre todo, no pueden pretender que el circuito democrático sea legitimado exclusivamente por el consenso, cuya contingencia no garantiza la continuidad intergeneracional de los ecosistemas.

En nombre del *favor naturae*, la democracia participativa prevalece sobre la representativa. La participación permite construir un tejido conectivo de conocimientos y de convergencias sobre problemas y soluciones, pero no produce de por sí la decisión final. Y la decisión

²³ Trujillo, J.C. *Constitucionalismo contemporáneo*. Quito: UASB, 2013. p. 320 ss.

final pertenece siempre a un poder de síntesis, sea esto un juez o un legislador.

Por lo tanto, se puede evidenciar que las cláusulas originarias del nuevo constitucionalismo andino enriquecen el marco de las condiciones del método constitucional de la convivencia, frente al problema del “déficit ecológico”; sin embargo, no ponen límites en nombre de aquel déficit que puedan resultar efectivos, claros y no negociables.

Dichas cláusulas son, entonces, de tipo “metodológico”, en la medida en que se hable de prescripciones que no tienden a limitar, prohibir o imponer vínculos, o simplemente a “mezclarse” con otras cláusulas de “llena” tutela de los derechos subjetivos; sino a definir “modalidades” de democracia participada a todos niveles y para todos los poderes, incluido el judicial, con el objetivo de que emerja un patrimonio común de conocimientos, necesidades, expectativas y problemas alrededor de los “derechos de la naturaleza”, de los que cualquier titular de función tiene que hacerse cargo en sus decisiones y cualquier titular de derecho tiene que hacerse portavoz.

Recurriendo a las categorías de la dogmática constitucional, se podría decir que la naturaleza se pone como “hecho interpuesto” entre cualquier parámetro de constitucionalidad “humana” (derechos, intereses, conflictos, etc.) y los hechos y las normas de las relaciones sociales: un parámetro interpuesto que, por el hecho de estar interpuesto, condiciona y orienta la evaluación de la constitucionalidad de cualquier elección y de cualquier decisión.²⁴

Sin embargo, tal enfoque, en cuanto “metodológico”, más allá de su valencia simbólica y factual de inclusión y participación, no tiende tanto a fortalecer las tradicionales funciones deliberativas o negociales, como sí a jugar a favor de la legitimación de las síntesis coercitivas funcionales al *favor naturae* perseguido por las mismas constituciones.

²⁴ Hay que pensar que en el cuadro de la experiencia andina no representa una novedad que un “hecho” pueda subir al mismo rango de parámetro interpuesto de constitucionalidad, ya que dicha oportunidad pertenece a las históricas declinaciones de constitucionalidad.

Por esta razón, dichos modelos, respecto a las “clásicas” catalogaciones de los sistemas democráticos euro-norteamericanos, no satisfacen los requisitos de representatividad y libertad de contenido antropomorfo, que sitúan a la democracia en el marco de la responsividad exclusivamente humana.

Entre democracias y naturaleza, entre elecciones negociales o deliberativas y coerción al grito de “pro naturaleza”, es este último quien tiene que prevalecer, no solamente para satisfacer unos intereses “no ponderables”, sino, sobre todo, para otorgar un rumbo distinto a la normatividad constitucional, un rumbo que no se pueda negociar.²⁵

Todavía, en “nombre” de la naturaleza el poder no puede ser plenamente democrático y ponderado.

Y aquí se delinea la contradicción de la experimentación andina: o se sacrifica la multiplicidad horizontal del pluralismo político y cultural, base de las democracias constitucionales modernas,²⁶ adoptando una organización que, no obstante la participación, conduzca a una decisión unitaria y jerárquica; o se guarda la estructura participativa “en sí”, pagando el precio de la impotencia política o de la incapacidad de tomar decisiones resolutivas.

Alain Badiou ha definido cualquier experiencia de participación como una “forma de progresión del poder”²⁷: la racionalidad “biopolítica” al servicio de la naturaleza (*favor naturae*), base de la nueva constitucionalidad andina, antes de actuar como herramienta de libertad de cada individuo, opera como tutela del ecosistema, como “progresión de poder” de la naturaleza.²⁸ En esto, la misma verticaliza

²⁵ Sirva como ejemplo, entre todas, la larga disputa judicial e internacional entre Ecuador y Chevron-Texaco, eternamente suspendida entre la exigencia “constitucional” de “imparcialidad” e “independencia” de los jueces involucrados (tal como se podría definir utilizando las figuraciones del constitucionalismo occidental) y la prioridad “natural” de salvaguardar el ecosistema de Amazonia, después de decenios de saqueos.

²⁶ Democracias constitucionales que nunca se han realizado plenamente en América Latina, puesto que, durante mucho tiempo, el mismo pluralismo ha sido negado y violentamente excluido.

²⁷ Badiou, A. Beyond Formalization. En: *8 Angelaki*, 2, 2003. p. 125.

²⁸ No es casualidad que tal enfoque esté a la base de la hipótesis de quienes invocan la “libertad común de la multitud” como el auténtico “común” de la convivencia. Hardt, M.; Negri, A. *Comune*, trad. it., Milano: Rizzoli, 2010. p. 131.

la dirección de la decisión. En esto, la misma aparece difícilmente compatible con la “ponderación”.

Y entonces, si es así, hace falta preguntarse, desde el punto de vista de la teoría constitucional, si es realmente este el precio que hay que pagar para poder activar las *praxis* «inmunológicas» tendientes a limitar o eliminar el “déficit ecológico” causado por el mismo constitucionalismo moderno: una nueva página, que falta escribir, de la histórica tensión entre constitucionalismo y democracia.

CAPÍTULO 6

CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA , RETO PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Jairo Vladimir Llano Franco*

INTRODUCCIÓN

En el contexto latinoamericano, las reflexiones sobre el constitucionalismo y la constitucionalización del derecho han sido ampliamente deliberadas por la academia jurídica desde un horizonte amplio e interdisciplinario con la pretensión de elaborar y construir una teoría del derecho constitucional y del Estado acorde a las realidades de la región desde una perspectiva socioeconómica y cultural. Precisamente, en esta ponencia, que fue presentada en el Congreso Internacional de Sociología Jurídica: Divergencia y Control Social, organizado por Germán Silva, se pretende participar en los debates regionales sobre las transformaciones constitucionales recientes y la proyección que esta interesante temática trae para las especialidades interdisciplinarias de la ciencia jurídica contemporánea en América Latina.

En el primer aparte del ensayo se expone el proceso de constitucionalización del derecho y la aparición del enfoque predominante en la actualidad del derecho constitucional: el

* Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Becario del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-España, antropólogo y especialista en Antropología Jurídica de la Universidad del Cauca, coordinador de investigación de la Maestría en Derecho Constitucional y profesor e investigador de jornada completa en el programa de Derecho de la Universidad Libre Seccional Cali. En la actualidad lidera el Grupo de Investigación “Derecho Constitucional, Administrativo y Derecho Internacional Público”, del programa de Derecho de la Universidad Libre, Seccional Cali, (clasificado en categoría C por Colciencias en la última convocatoria). Correo Electrónico: jairoderecho1@hotmail.com

neoconstitucionalismo; posteriormente, en el segundo ítem se referencian las transformaciones constitucionales en los países de la región, como Venezuela, Ecuador y Bolivia, dando origen al término nuevo constitucionalismo latinoamericano que suscita múltiples debates por parte de la academia jurídica de la región; para el tercer aparte se analizan los modelos de Estado que se encuentran plasmado en la Constitución colombiana y el proceso de implementación; en el cuarto ítem se expone el pluralismo jurídico como posibilidad de comprensión de la diversidad cultural y jurídica latinoamericana y la necesidad de esta integración en un proceso de cosmopolitismo de vivir en la diversidad; en el último y quinto subtítulo se expone el concepto de pluralismo jurídico y los modelos de Estado en el contexto de globalización.

1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

La transformación del derecho, desde mediados del siglo XX, ha sido intensa. Se pasó de constituciones que solamente eran discursos que no tenían mayor vínculo con el ordenamiento jurídico a constituciones que se convertían en el eje del ordenamiento jurídico, aparece lo que se ha denominado, teóricamente, como la supremacía constitucional, principio en el cual los principios y los derechos fundamentales tienen carácter de obligatoriedad por parte de las instituciones estatales:

“En los cincuenta años anteriores, el nuevo constitucionalismo se extendió por todo el mundo, y hoy no tiene rival como modelo de organización del Estado. Los preceptos se pueden enumerar rápidamente: (a) las instituciones de Gobierno son establecidas por una constitución escrita y derivan su autoridad exclusivamente de ella; (b) la constitución asigna el poder último al pueblo por medio de elecciones o referéndums; (c) el uso de la autoridad pública, incluida la autoridad legislativa, es aceptable jurídicamente en la medida en que se conforme a la ley constitucional; (d) la constitución prevé un catálogo de derechos y un sistema de justicia constitucional para defender esos derechos; y (e) la misma constitución especifica cómo se puede reformar. El nuevo constitucionalismo se basa en el precepto de que los derechos y la protección efectiva de los derechos son esenciales para la legitimidad democrática del Estado.”¹

¹ Stone Sweet, A. y Matthews, J. *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. pp. 32-33.

Esta incidencia y transformación del derecho constitucional no se limitó a este ámbito; afectó las diferentes áreas del derecho, como el penal, el laboral, el difícil civil, el comercial, entre otras áreas que ya no dependían de las acciones legislativas y del principio de legalidad, sino que los límites y las acciones que podrían realizarse en estas áreas del derecho eran determinadas por la constitución y el principio de legitimidad. A esta situación se le denominó “constitucionalización del derecho”:

“Cuando la constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos, o sea, libres del derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea solo una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes [...] la constitución es un límite a la legislación. Según la concepción que recién he mencionado, la legislación no es (no debe ser) sino el desarrollo de los principios constitucionales o la ejecución de los programas de reforma trazados en la constitución. Y es quizás por esto que las normas constitucionales son tratadas frecuentemente como otros tantos *lêtes de chapire* de cualquier investigación dogmática: derecho civil, penal, administrativo, etcétera.”²

La supremacía constitucional, el control constitucional de las leyes, la garantía y protección de derechos fundamentales por los jueces constitucionales, entre otras características de constitucionalización del derecho, suceden en un modelo estatal específico que se ha reconocido como Estado constitucional y democrático de derecho, modelo incorporado por varios de los Estados contemporáneos. En los estudios que se realizan desde la teoría del derecho y el derecho constitucional sobre la constitucionalización del derecho y el Estado constitucional esto se ha llamado “enfoque o corriente neoconstitucional”:

“El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica el fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores [...] El neoconstitucionalismo pretende explicar un

² Guastini, R. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2007. pp. 153-155.

conjunto de textos que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle que recogen tales derechos.³

Las características de la constitucionalización del derecho y el modelo de Estado constitucional han sido recibidos en complejos contextos como el latinoamericano, entorno en el cual el control constitucional sobre las leyes que elaboran el Parlamento y el Ejecutivo es realizado de forma continua por parte de los tribunales o cortes constitucionales de cada uno de los Estados que implementan este modelo estatal:

“[...] una de las transformaciones más extraordinarias que han sufrido los Estados latinoamericanos durante la transición a la democracia ha sido la expansión del control constitucional y la institución de cortes constitucionales para proteger los derechos fundamentales. La idea de que todas las normas y las acciones del Estado deben ajustarse a la constitución y de que esta conformidad puede ser objeto de examen judicial se ha extendido de forma vertiginosa hasta los más remotos lugares del subcontinente [...] Ya no solo en Europa y Estados Unidos, sino también en América Latina, se considera que el control de constitucionalidad es una institución esencial del Estado [...] El control de constitucionalidad se ha instituido, entonces, como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales y de los pilares del Estado, que busca impedir los desafueros de los gobiernos de turno, especialmente, en tiempos de crisis.”⁴

Estas transformaciones constitucionales y estatales no se han limitado al modelo estatal constitucional; se convirtieron en un punto de referencia para iniciar procesos de innovación en América

³ Carbonell, M. El neoconstitucionalismo: significados y niveles de análisis. En: Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (Eds.). *El canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. pp. 161-162.

⁴ Bernal Pulido, C. Derechos fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América Latina. En: Arnaud, M. (Director). *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. pp. 39-40

Latina, es así como los modelos estatales y el derecho constitucional han sufrido variaciones en la última década, con propuestas jurídicas más adecuadas a la realidad latinoamericana, dando inicio a lo que se conoce como el nuevo constitucionalismo latinoamericano o constitucionalismo latinoamericano, con la pretensión de que la región ya tiene sus propios postulados teórico-prácticos que inciden en el campo jurídico global:

“Corren vientos de cambio en el constitucionalismo sudamericano. Las recientes experiencias de los procesos políticos de Venezuela, Bolivia y Ecuador han adoptado nuevas constituciones que suponen un punto de inflexión importante en relación con el constitucionalismo regional y requieren un enfoque teórico que desborda los marcos tradicionales del constitucionalismo demoliberal e incluso del neoconstitucionalismo de matriz noratlántica euronorteamericano. Si, como se ha dicho, toda constitución y toda práctica constitucional pueden comprenderse desde unas filosofías políticas públicas que las enmarcan, estas nuevas experiencias, denominadas el nuevo constitucionalismo latinoamericano, requieren, entonces, unas filosofías políticas y de una nueva teoría constitucional. Se trata de un pensar constitucional enraizado en nuestra región [...] Estas experiencias surgidas en procesos políticos de movilización y transformación democrática pueden aportar insumos para renovar la teoría constitucional tradicional.”⁵

2. NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y TRANSFORMACIONES SOCIALES: VENEZUELA, ECUADOR Y BOLIVIA

La creación de nuevas constituciones en la década que termina tiene la plausible intención de construir una propuesta de Estado más acorde con las realidades latinoamericanas, configurándose como la región que más transformaciones realizó desde la perspectiva constitucional en un complejo contexto de globalización, estas elaboraciones constitucionales paulatinamente comenzarían a llevarse a la práctica impactando la cotidianidad de los ciudadanos con determinaciones socioeconómicas y socio-jurídicas por parte de las instituciones estatales: “Desde comienzos de los años noventa se han expedido

⁵ Medici, A. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. En: *Revista El Otro Derecho*. No. 48. Bogotá: ILSA, 2013. p. 20.

nuevas constituciones en la mayoría de los Estados latinoamericanos o se han introducido profundas reformas a las constituciones existentes. Estas nuevas constituciones o reformas, que han tenido lugar en lo que puede denominarse la última era del constitucionalismo latinoamericano, han establecido un modelo de Estado llamado Estado constitucional.”⁶

Este proceso de aparición de innovadoras constituciones en el final del siglo XX e inicios del XXI en los Estados de América Latina configuró el nuevo constitucionalismo en la región que, por supuesto, vincula estructuras jurídicas trasplantadas de los contextos de producción jurídica en el Norte global que fueron plasmadas en constituciones anteriores, pero, al mismo tiempo, incorporan nuevos derechos, instituciones públicas y organizaciones estatales más acordes a la realidad social latinoamericana que posibilite una mayor inclusión:

“La fuerza del nuevo constitucionalismo latinoamericano se realiza y sostiene con el factor estructurador del reconocimiento de la realidad para la cual fue pensado y generado [...] No se trata simplemente de mover el eje del constitucionalismo de Inglaterra-Estados Unidos-Francia para Venezuela-Ecuador-Bolivia, más bien se debe considerar que ese desplazamiento significa, de manera más profunda, la constitución de una teoría política elaborada en el Sur global y pensada para su transformación, por lo tanto, es una teoría contextualizada y auténtica [...] reconociendo la realidad pluricultural, plurinacional y pluriétnica, denunciando la falsa identidad entre Estado, pueblo y nación que sostuvo el constitucionalismo moderno y monocultural. En consecuencia, contra el monismo jurídico estatal asciende el pluralismo jurídico-constitucional reconocedor de constitucionalismos antiguos y silenciados en las comunidades originarias. Igualmente, por este camino se denuncia la pobreza, la dependencia económica, la destrucción ambiental y los privilegios promovidos por los derechos meramente individuales-burgueses, formulados en torno de los derechos de libertad y propiedad, para afirmar ahora los derechos de la naturaleza, los derechos colectivos sociales, étnicos y una igualdad material verdaderamente compleja.”⁷

⁶ Bernal Pulido, C. Derechos fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América Latina. Op. Cit., p. 31.

⁷ Sousa Freitas, V. y Gonçalves Neto, J.D.C. Fundamentos para la comprensión de la propiedad inmobiliaria agraria desde el nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano. En: *Revista el Otro Derecho*. No. 44. Bogotá: ILSA, 2011. pp. 74-75.

Entre las nuevas constituciones se encuentra la de Venezuela (1999) que tendría la pretensión de derrumbar el modelo de Estado neoliberal que fue implementado por medio de las políticas institucionales desde finales de los años ochenta, precisamente, en el inicio del gobierno de Chávez se propondría un modelo de Estado que realizara ruptura con lo propuesto por Washington desde la realización de una constitución:

“Puede causar sorpresa que en un país con altas tasas de desempleo, exclusión, pobreza y desigualdad, los pobres hayan sido movilizados por una oferta tan abstracta como una constituyente [...] pero esto, justamente, da cuenta de la naturaleza de la movilización popular. Por un lado, su carácter centralmente político. Sus demandas no se reducen a las mejoras particulares o reformas parciales, sino que buscan una transformación radical del orden de cosas, y esto era lo que la Constituyente ofrecía. Por el otro, ésta se propone como un proceso popular y desde abajo, que reconozca e incorpore a todos los actores populares, abriéndose como un gran espacio de debate y movilización para refundar el país e interpelar al poder. En realidad, la oferta electoral y el programa de Chávez no es redistribucionista ni justiciero, es de movilización, inclusión y reconocimiento político del sujeto popular [...] Desde su instalación, la Asamblea Constituyente es capaz de generar una amplia dinámica de participación popular, de debate político en las bases, e instala –más allá de su funcionamiento formal, que culmina en diciembre de 1999– una nueva codificación de la oposición entre élites políticas y movilización popular, ahora en términos del antagonismo entre poder constituido y poder constituyente.”⁸

Esta nueva Constitución venezolana supera los postulados del Estado social de derecho en garantías desde las instituciones responsables hacia las personas y colectivos,⁹ con acciones como la redistribución de la tierra y el proceso de apropiación de la propiedad privada por parte de las instituciones públicas cuando sean necesarias y tengan

⁸ Antillano, A. De la democracia de la calle a los consejos comunales: La democracia desde abajo en Venezuela. En: Pardo, D., et al. (Compiladores) *¿Otros mundos posibles? Crisis, gobiernos progresistas, alternativas de sociedad*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia. p. 22.

⁹ El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela define el modelo de Estado: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.”

Recuperado desde: <http://www.analitica.com/bitblo/anc/constitucion1999.asp>

una utilidad social, previa indemnización,¹⁰ situación que, en parte, origina una redistribución equitativa de los recursos y un proceso de inclusión para los venezolanos que históricamente fueron marginados socioeconómicamente:

“La Constitución de Venezuela (1999) en términos generales de innovaciones es la más tímida de todas. Fue la primera de las nuevas constituciones que no destacó la propiedad entre los derechos fundamentales [...] Con respecto a la propiedad de la tierra, el artículo 307 declara que el régimen de latifundios es contrario al interés social, debiendo ser legalmente establecidos los tributos para gravar las tierras ociosas y establecer medidas necesarias para su transformación en unidades productivas [...] Al tratar del desarrollo de la agricultura, la Constitución venezolana repite varias veces su compromiso con la seguridad alimentaria y con el bienestar de la población (artículo 305), así como la tarea de incentivar la organización económica cooperativa (artículo 118) y el régimen de la propiedad colectiva (artículo 308). Son protegidos los derechos de los pueblos indígenas con la garantía de la propiedad colectiva de las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan.”¹¹

Esta propuesta constitucional fue recogida por el Ecuador, ampliando lo realizado por Venezuela en lo respectivo al reconocimiento de la diversidad cultural y al pluralismo jurídico, que caracteriza un Estado donde los indígenas son una población importante y tienen incidencia en las determinaciones gubernamentales como movimiento social a través de las movilizaciones y la protesta. Al movimiento indígena se suman los sectores populares que son producto de la marginalidad y la exclusión que se han dado por décadas en el contexto ecuatoriano, el reconocimiento de lo indígena y de los sectores populares fue plasmado en la reciente Constitución promulgada en el 2008: “En Ecuador el proceso constituyente fue bastante más tranquilo. En

¹⁰ En el texto constitucional venezolano la intervención por parte del Estado en la empresa privada es clara en el capítulo VII de los derechos económicos: “Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Solo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.”

Recuperado desde: <http://www.analitica.com/bitblo/anc/constitucion1999.asp>

¹¹ Sousa Freitas, V. y Gonçalves Neto, J.D.C. Fundamentos para la comprensión de la propiedad inmobiliaria agraria desde el nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano. Op. Cit., pp. 75-76.

el referéndum del 15 de abril de 2007 una abrumadora mayoría se pronunció a favor de la convocatoria de una asamblea constituyente. El partido del presidente Correa (Alianza País) conquistó 80 de los 130 lugares en juego [...] la Asamblea Constituyente se afirmó como ruptura respecto al pasado, como estrategia antisistémica y como constitucionalismo desde abajo, con una muy amplia participación popular en la presentación y discusión de propuestas.”¹²

La reciente Constitución ecuatoriana tienen entre sus pretensiones el bienestar de sus ciudadanos, que históricamente han sido marginados, posibilitando que las necesidades básicas de la mayoría de la población sean resueltas en aras de un país con igualdad y justicia material, sin desconocer la diversidad étnica que caracteriza el contexto ecuatoriano: “La Constitución refundadora, aprobada en septiembre de 2008, abre también el camino a reformas sociales en materia de planificación familiar y de “género” de los cónyuges [...] Correa fue plebiscitado tres veces. No solo porque restableció la autoridad del Estado y las competencias del Ejecutivo contra los desórdenes y el quiebre de una democracia perpetuamente vacilante, sino porque en el centro de la Constitución puso el bienestar social (el buen vivir) como objeto supremo del Estado.”¹³

El cumplimiento de los postulados constitucionales avanza paulatinamente por medio de un Plan aprobado un año después de la Constitución que rescata o renueva las responsabilidades de las instituciones públicas con sus ciudadanos, este Plan, precisamente, referencia la realidad ecuatoriana que debe transformarse en un corto y mediano plazo para que la inclusión sea la característica del nuevo constitucionalismo y, por supuesto, del innovador modelo de Estado: “El Plan del Buen Vivir para el periodo 2009-2013 es innovador, radical y coherente. Entre sus principios orientadores figuran el regreso del Estado en su papel redistribuidor y orientador de la economía, lo que llama igualitarismo republicano, y un cambio de modelo de acumulación desde el viejo y conocido modelo primario-exportador,

¹² Santos, B.d.S. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010. p. 77.

¹³ Rouquié, A. *A las sombras de las dictaduras. La democracia en América Latina*. Buenos Aires: F.C.E., 2011. p. 251.

hacia uno endógeno, biocentrado, basado en el aprovechamiento de los servicios de la biodiversidad, en el conocimiento y el turismo.”¹⁴ Los efectos y los resultados de la implementación, tanto de la nueva Constitución (2008), como del Plan del Buen Vivir (2009) en la transformación del modelo estatal ecuatoriano y en el bienestar de los ciudadanos, son palpables y observables:

“Las cifras al respecto son elocuentes: el presupuesto pasó de 6.000 millones de dólares en 2006 a 21.000 millones en 2011. El acumulado de cuatro años de gasto público es de 74.000 millones de dólares, más que el gasto de 14 años de gobiernos anteriores [...] El gasto público social pasó de 4,8% del PIB en 2006 a 8,1% en 2009 y 7,9 en 2010. Esto permitió que aumentaran los sueldos a maestros, policías y funcionarios. Sirvió para pagar útiles escolares, equipamiento y uniformes en la educación pública. Eliminó pagos de los usuarios en los hospitales y centros de salud del Estado e hizo crecer exponencialmente la demanda de la atención: de 14,3 a 34,6 millones de consultas anuales.”¹⁵

En el contexto sudamericano, la constitución más reciente fue la promulgada en Bolivia en el año 2009, este documento constitucional propone el particular modelo de Estado pluralista, que tiene entre sus objetivos centrales el reconocimiento y la atención de la diversidad cultural y jurídica con la pretensión de responder a los desafíos de tener la mayor población indígena de la región: “La Constitución boliviana de 2009 es, seguramente, uno de los ejemplos más rotundos de transformación institucional que se ha experimentado en los últimos tiempos, por cuanto avanza hacia el Estado plurinacional, la simbiosis entre los valores poscoloniales y los indígenas, y crea el primer tribunal constitucional elegido directamente por los ciudadanos.”¹⁶

El modelo de Estado plurinacional que realiza un reconocimiento más allá de la diversidad cultural, debido a la autonomía que otorga a las comunidades indígenas bolivianas y a la inclusión que realiza

¹⁴ Ospina Peralta, P. Promesas temporales. Cambio del régimen de acumulación en Ecuador, propuestas y realizaciones.

¹⁵ Ibid. p. 119.

¹⁶ Sousa Freitas, V. y Goncalves Neto, J.D.C. Fundamentos para la comprensión de la propiedad inmobiliaria agraria desde el nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano. Op. Cit., p. 65.

en los espacios de decisión gubernamentales de estas comunidades, se presenta como innovador para el derecho constitucional y el derecho internacional público, proyectándose como el nuevo constitucionalismo latinoamericano que pretende una mayor relación entre el Estado, el derecho y la compleja realidad de la región, convirtiéndose en referente para el constitucionalismo global: “En el marco de la plurinacionalidad, el reconocimiento constitucional de un derecho indígena ancestral adquiere un sentido más fuerte: es una dimensión central no solamente en la interculturalidad, sino también en el autogobierno de las comunidades indígenas originarias [...] En su artículo 30, la Constitución de Bolivia establece un vasto conjunto de derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos. Es la expresión constitucional de la correspondencia, por primera vez en la historia del país, entre la fuerte presencia poblacional y el protagonismo político de los pueblos indígenas.”¹⁷

3. MODELOS DE ESTADO Y SU IMPLEMENTACIÓN CONSTITUCIONAL: EL CASO COLOMBIANO

En lo correspondiente a Colombia, la situación varía ostensiblemente de lo ocurrido con sus vecinos, no en vano, el modelo de Estado social que se implementó desde la promulgación de la Constitución creó las instituciones que tendrían la responsabilidad de garantizar los derechos sociales fundamentales, el inconveniente radicó en que los recursos para invertir en el cumplimiento de los derechos sociales no fueron suficientes y la propuesta colapsó en su soporte central de igualdad material dejando, en este inicio de siglo, una de las sociedades más desiguales de América Latina, debido a esta situación que originaría la crisis del Estado social y que daría paso al Estado neoliberal, contexto en el cual la propiedad privada y el libre mercado fueron los elementos esenciales para que la responsabilidad de las instituciones públicas de garantizar los derechos pasara a las empresas privadas prestadoras de servicios públicos, situación que se justificaba por la ideología

¹⁷ Santos, B.d.S. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Op. Cit., pp. 89-90.

predominante que consideraba que lo privado era más eficiente, y menos corrupto que lo público:

“En el modelo neoliberal, la estabilización o paquete fiscal, monetario y de intercambio, y las medidas relacionadas, son la primera fase prevista para lograr la estabilidad macroeconómica. La estabilización va seguida de una segunda etapa de “ajuste estructural” que incluye la liberalización de la economía y las finanzas, y abre la economía al mercado mundial [...] Esta apertura al mercado mundial se acompaña de la privatización de sectores públicos “ineficientes” y de la liberalización interna, como la desregulación de los sistemas financieros y la legislación laboral para atraer inversión y asignar recursos “eficientemente”. La solvencia fiscal se debe alcanzar con programas de austeridad que implican reducciones del gasto y aumento del rédito, lo que puede requerir recortes en los programas sociales, impuestos regresivos sobre consumo, eliminación de los subsidios, despidos del sector público e incremento de las tasas de interés.”¹⁸

Demostrándose en los años del neoliberalismo que lo eficiente fue un discurso alejado de la realidad, ya que estas empresas reproducirían las prácticas que consideraban negativas de las empresas públicas. Incluso en ciertos procedimientos y acciones, los derechos constitucionales son repetidamente vulnerados en detrimento de la calidad de vida de los ciudadanos: “En la misma época se han expedido las constituciones hoy vigentes, en su mayoría muy generosas en consagración de derechos sociales, los Gobiernos de turno han adoptado las irreversibles directivas neoliberales de reducción de la administración pública impuestas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Como consecuencia de estas políticas, el Estado y, sobre todo, la administración pública han perdido su capacidad de satisfacer los derechos sociales establecidos en la Constitución mediante una prestación de los servicios públicos orientada por el interés general.”¹⁹

Ante el desmonte progresivo de los derechos constitucionales, hizo su aparición, parcialmente, la propuesta del Estado constitucional

¹⁸ Robinson, W. *Una teoría sobre el capitalismo global. Producción, clases y Estado en un mundo transnacional*. Bogotá: Desde abajo, 2007. p. 96.

¹⁹ Bernal Pulido, C. Derechos fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América Latina. Op. Cit., pp. 42-43.

y democrático de derecho que tendría en la Corte Constitucional, por medio de sus sentencias de protección de los derechos, el más importante de sus representantes, debido a la cotidiana exigibilidad de los derechos por parte de los ciudadanos:

“La legitimidad democrática de la justicia constitucional no es de carácter formal, sino de carácter sustancial. Por el hecho de que los derechos fundamentales son la razón de ser del Estado constitucional de derecho, la Constitución los consagra como los límites insuperables de la actividad de las autoridades públicas, lo que supone la existencia de una justicia constitucional imparcial, neutra e independiente. Más concretamente, es la intangibilidad de los principios fundamentales que reside en la legitimidad de los jueces constitucionales [...] La justicia constitucional es cosa de todo el pueblo, no solo de una fracción de este, así sea mayoritaria.”²⁰

Los jueces locales de forma cotidiana profieren decisiones constitucionales para resolver parcialmente las demandas de los ciudadanos afectados por la vulneración de sus derechos por parte de las instituciones públicas y las entidades privadas que habían remplazado la responsabilidad estatal:

“Desde la perspectiva constitucional, la adopción por parte del constituyente del modelo del Estado social de derecho implica que el acceso a la administración de justicia así como los demás derechos reconocidos en la Constitución deben ser garantizados de forma efectiva dado que su simple protección formal, como, por ejemplo, su mera enunciación en una carta de derechos sería incongruente con el mandato de respeto de la dignidad humana, de allí, entonces, que el artículo 5º Superior haya reconocido, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de las personas, dentro de los cuales se encuentra el derecho de acceso a la administración de justicia que, conforme a las disposiciones citadas, ha de ser garantizado de forma material y efectiva [...] Conforme lo ha precisado esta Corporación: “el acceso a la administración de justicia” implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud

²⁰ Arnaud, M. La independencia de la justicia constitucional en América Latina. En: *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Arnaud, M. (Director). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. pp. 252-253.

o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo [...] Adviértase cómo desde esta óptica se infiere que el Estado no cumple con el deber de administrar justicia impuesto por el pueblo soberano (Art. 3 C.P.), brindando una simple posibilidad para que las personas puedan acudir ante los diferentes órganos de la Rama Judicial o a las demás autoridades, e incluso particulares dispuestos para ello. Es necesario, ante todo, que dichos titulares de la función jurisdiccional hagan efectivos los derechos de las personas que habitan en Colombia.²¹

El postulado de que los ciudadanos son la preocupación central del Estado, así como el ideal de que la democracia sustancial es soportada en la garantía y protección de los derechos, prácticamente no ha tenido cumplimiento; lo anterior, demuestra que los distintos modelos de Estado no fueron realizados plenamente y que las características que distinguen cada modelo serían las más afectadas en su cumplimiento. Esta situación demuestra que la Constitución promulgada en los inicios de los noventa tiene la flexibilidad de impulsar distintos modelos de Estado, apreciación que se puede percibir como plausible debido a que se tendría una propuesta constitucional pluralista al permitir la posibilidad de convivencia de estos modelos considerados opuestos, como el Estado social con el Estado neoliberal o el Estado legislativo con el Estado constitucional. Esta posibilidad constitucional conduce a que pueda configurarse un Estado de inclusión que minimice las tensiones sociales y el conflicto armado que atraviesa el país desde décadas atrás. Entre las acciones que debería emprender este tipo de Estado, estaría el cumplimiento de los postulados considerados centrales de los distintos modelos de Estado que se han procurado implementar en el contexto colombiano.

Proveniente del Estado social de derecho sería el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales por parte de las instituciones públicas responsables que plausiblemente ya existen. El procedimiento para recuperar esos derechos es que estas instituciones deberían asumir de nuevo la responsabilidad de brindar plenamente a los ciudadanos estos derechos que tienen carácter de esenciales y necesarios en las

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-030 de 2005. M. P: Jaime Córdoba Triviño.

sociedades contemporáneas, como, por ejemplo, la salud, la seguridad social, el trabajo, la vivienda y los servicios públicos:

“La prueba histórica de este nexo entre satisfacción de tales derechos y desarrollo está, por lo demás, bajo la mirada de todos, siendo proporcionada por la experiencia de los propios países ricos. Seguramente, el mayor desarrollo económico, el mayor bienestar, las mayores riquezas de estos países con respecto al resto del mundo, así como con relación a su pasado, son, en gran parte, fruto del mejoramiento de las condiciones de vida: mayor educación, mejor estado de salud, mayores energías dedicadas por cada uno al trabajo y a la investigación. Al punto que podríamos decir, invirtiendo el prejuicio de la contraposición entre garantía de los derechos y desarrollo de la economía, que la mejor política económica es una política social dirigida a garantizar los derechos vitales de todos. Con la consecuencia de que el gasto público, a tal fin necesario, no debe concebirse como un costoso pasivo en los presupuestos públicos, sino como la forma de inversión pública seguramente más productiva.”²²

Otros derechos fundamentales que tienen la obligación de garantizarse por parte del Estado, y que parcialmente son responsabilidad de la empresa privada debido a las estrategias del Estado neoliberal, como la educación, la recreación, el transporte, las comunicaciones, entre otros, tienen que regularse de forma rígida por parte de las instituciones estatales. Las entidades que realicen de forma negativa o restringida la prestación de estos derechos, deberán ser sancionadas para impulsar su cubrimiento de forma aceptable o, en caso de una situación extrema de vulneración, considerarse la posibilidad de que sean asumidos por parte de las instituciones públicas. Lo central es que los derechos fundamentales sean cumplidos para el bienestar de las personas y de las instituciones, con miras a lograr el principio de igualdad material en un contexto de amplias desigualdades:

“El Estado está obligado a reconocer las diferencias, a identificar las precariedades, a ver donde antes no veía. Este compromiso con la igualdad social real de los habitantes ha sido considerado una consecuencia, una expresión o incluso una condición definitoria del llamado Estado social de derecho en el caso colombiano [...]

²² Ferrajoli, L. Derechos sociales y esfera pública mundial. En: Espinoza de los Monteros, J. y Ordóñez, J. (Coordinadores). *Los derechos sociales en el Estado constitucional*. Valencia: tirant lo blanch, 2013. p. 56.

El Estado social de derecho supone la necesidad de reconsiderar la forma como se entienden algunas de las normas de competencia de los órganos del Estado. Así, por ejemplo, en la medida en que el Estado se compromete a alcanzar la igualdad real y efectiva de sus habitantes, a promover el bienestar general y a velar por la efectividad de los derechos y deberes constitucionales, cambia su rol frente a la sociedad y sus miembros, y está en la obligación de desplegar conductas activas con el fin de lograr tales propósitos.”²³

Por parte del Estado neoliberal sería conveniente retomar su propuesta más progresista: el reconocimiento a la diversidad cultural y el pluralismo jurídico, claro, sin los postulados instrumentalistas de vinculación al mercado de las culturas locales, o de la imposición sin restricciones de la *lex mercatoria* que afecta las regulaciones estatales sobre las transnacionales y, en situaciones extremas, condiciona a los Estados para que sirvan a sus intereses evitando el aislamiento del comercio internacional. El reconocimiento de la diversidad en repetidas ocasiones se encuentra relacionado con los intereses del comercio global por los recursos naturales que están en los territorios indígenas, por ejemplo, el agua:

“Exportar y comercializar el agua, aún a grandes distancias, de acuerdo con las reglas del libre comercio y en el marco de la libre competencia, permitiría, no solo obtener ganancias, sino, asimismo, eliminar los conflictos. Esta visión, por una parte, no considera que un precio justo –para las comunidades indígenas-campesinas– no es necesariamente el precio del mercado, lo que puede acelerar aún más los conflictos en las regiones y comunidades remotas en los Andes, incluso puede impedir, por ejemplo, en gran parte, la autogestión exitosa de los sistemas de riego en esta región. Por otra parte, estos mismos usuarios también deben tomar en cuenta las regulaciones de los mercados en los sistemas probados, como el referido. En éste los derechos que afectan a los indígenas no son de transacción libre.”²⁴

La pretensión desde el postulado constitucional de reconocimiento sería el impulso a la ampliación de la autonomía de las comunidades

²³ Upegui Mejía, J. *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. pp. 24-25, 27-28.

²⁴ Gentes, I. Derecho al agua de los pueblos indígenas en América Latina. En: *Revista el Otro Derecho*. No. 34. Bogotá: ILSA, 2006. pp. 85-86.

tradicionales indígenas, negras, campesinas, y de las prácticas culturales diferenciadas que ocurren en el espacio de las ciudades, con el objetivo de la reproducción cultural de la cual se desprende el aspecto o campo jurídico donde son expuestas las regulaciones, mediaciones y conciliaciones de los conflictos que surgen de las relaciones entre las personas y los colectivos en su cotidianidad.

4. PLURALISMO JURÍDICO, INTEGRACIÓN REGIONAL Y COSMOPOLITISMO

En lo correspondiente al pluralismo jurídico, desde una concepción crítica, es indispensable señalar el reconocimiento de las diferentes prácticas jurídicas que surgen y están en constante reelaboración en el espacio internacional por el intenso proceso de expansión de la globalización que reproduce las tensiones sociales en este escenario, lo que configura, por un lado, la globalización hegemónica que tienen en los Estados centrales del Norte, las organizaciones supranacionales, las empresas transnacionales y ciertas ONG que paulatinamente han determinado la configuración de un orden jurídico global adecuado a sus intereses:

“Frente al formalismo jurídico del Estado de derecho surge ahora un “derecho sumergido” que es, a la vez, emergente, y que quiebra de pleno las dinámicas “legitimadoras” del Estado democrático; un derecho informal, cambiante, versátil, adaptable y flexible, capaz de dar respuesta a las demandas crecientes de los flujos financieros y económicos globales [...] Ese pluralismo jurídico global, agrega Snyder, no es solo una parte importante del contexto en el que las redes económicas globales se construyen, en el sentido de que es un factor que debe ser tenido en cuenta por los actores estratégicos, sino que es parte integrante, constitutiva, de las redes económicas globales.”²⁵

Por otra parte, se impulsa la globalización contrahegemónica vigente en ciertos Estados emergentes del Sur, las organizaciones supranacionales de los Estados semiperiféricos, los movimientos sociales globales, las alianzas transculturales, las ONG internacionales de derechos humanos, entre otras posibilidades organizativas, con la

²⁵ Julios-Campuzano, A. El paradigma jurídico de la globalización. En: Bellosó Martín, N y Julios-Campuzano, A. (Coordinadores). *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Oñati: Dykinson, 2008. pp. 58-59.

pretensión de construir procesos de transformaciones globales que permitan una mejor humanidad: “El movimiento de la globalización contrahegemónica revela cada vez más mayor visibilidad y diversidad de las prácticas sociales que, en las diversas esquinas del globo, resisten a la globalización neoliberal. Es una constelación muy diversificada. Se trata, por un lado, de movimientos y organizaciones locales, no solo muy diversos en sus prácticas y objetivos, sino, más allá de eso, anclados en diferentes culturas. Se trata, por otro, de organizaciones transnacionales, unas originarias del Sur, otras del Norte, igualmente diversas entre sí.”²⁶ Estas organizaciones, movimientos, culturas, grupos sociales, clases y Estados contrahegemónicos se han convertido en los impulsores de un derecho internacional cosmopolita para beneficio de la humanidad en su conjunto, respetando las diferencias culturales y jurídicas que la han caracterizado históricamente:

“Las formas de dominación prevalecientes no excluyen la posibilidad de que los Estados-nación subordinados, las regiones, las clases o grupos sociales y sus aliados, se organicen transnacionalmente en defensa de intereses percibidos como comunes y usen en su provecho las posibilidades para la interacción transnacional creadas por el sistema mundo [...] Las actividades cosmopolitas incluyen, entre otros, los diálogos y las organizaciones Sur-Sur; las organizaciones laborales mundiales; la filantropía solidaria Norte-Sur; las redes internacionales de servicios jurídicos alternativos; las organizaciones de derechos humanos; las ONG con agendas transformadoras; los movimientos literarios y artísticos en la periferia del sistema mundo que buscan valores culturales alternativos, no imperialistas, etc.”²⁷

A este palpable pluralismo jurídico al que se asiste en los años recientes desde el espacio internacional se le suman las múltiples prácticas jurídicas locales que regulan los conflictos que surgen desde lo cotidiano entre las personas y los colectivos. Para el contexto latinoamericano, esta pluralidad jurídica es amplia y extensa, un ejemplo es el caso colombiano, donde constitucionalmente se han reconocido paulatinamente las distintas prácticas jurídicas de las diferentes comunidades indígenas:

²⁶ Santos, B.d.S. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Op. Cit., p. 50.

²⁷ Santos, B.d.S. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA, 2009. p. 274.

“Viven en Colombia ochenta y cuatro pueblos indígenas, asentados en veintisiete de los treinta y dos departamentos actuales, en cerca de ciento noventa municipios y en todas las fronteras nacionales. Hablantes de sesenta y cuatro lenguas cuentan con poblaciones que van desde doscientas hasta trescientas mil personas, como sucede en la Amazonía y en la Guajira, respectivamente [...] También se encuentran en los pueblos indígenas manifestaciones diferentes respecto de la manera como afrontan la convivencia, pautada desde instancias de autoridad y como forma de mantener el orden. Los diferentes sistemas de derecho propio indígena reflejan la organización social y el modo como regulan las conductas a través de normas y procedimientos.”²⁸

Pero en el contexto latinoamericano la diversidad cultural no se limita a las comunidades indígenas; existe un amplio abanico de cosmovisiones como las comunidades negras que difieren cultural y jurídicamente entre quienes se encuentran en los territorios de la costa, la región andina y las principales ciudades: “Tras reconocer la existencia de un estrecho vínculo entre pobreza y pertenencia étnico-racial que hace de la población afrodescendiente uno de los sectores más excluidos, los Gobiernos y las organizaciones internacionales han redoblado sus esfuerzos orientados a lograr la inclusión de dicha población que tan solo en América Latina supera los 150 millones de personas que, sin embargo, figuran entre las principales víctimas del racismo.”²⁹

Los colectivos o comunidades campesinas latinoamericanas que, aunque tienen características comunes, poseen una amplia diversidad de acuerdo con el departamento o zona donde habitan, permaneciendo a través de identidades que se han construido por décadas, pese a las presiones de las políticas del modelo de Estado neoliberal de forma reciente, incluso, en la actualidad, pese a la exigencia de sus derechos, se han internacionalizado por medio de alianzas transculturales:

“Las comunidades campesinas han mostrado en todas partes una profunda resistencia a la extinción de su forma de vida. Y el medio que

²⁸ Sánchez Botero, E. *Entre el juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*. Bogotá: Unicef, 2006. p. 182.

²⁹ Murillo Martínez, P. Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales: para reparar las injusticias históricas y la discriminación. En: *Revista el Otro Derecho*, No. 41. Bogotá: ILSA, 2010. p. 110.

les ha permitido responder a la fase neoliberal del capitalismo tardío ha sido la transnacionalización de su movimiento. Durante los últimos 20 y 30 años, las políticas neoliberales han reducido los presupuestos para las áreas rurales del mundo. Como era de esperarse, ello erosionó ante los ojos de campesinos y agricultores familiares la legitimidad de las políticas de los Estados nacionales, así como los partidos políticos e instituciones financieras internacionales. En contraparte, y para defenderse, el campesinado respondió a su vez con la afirmación y el reclamo de sus derechos, entre ellos, especialmente, el derecho a la tierra y, en general, a la forma de vida campesina.”³⁰

En las principales ciudades de América Latina el pluralismo jurídico es de mayor intensidad debido a que en un mismo espacio, como el barrio, la barriada, la favela o la comuna, se ubican distintas formas de regulación de los conflictos, como el derecho estatal, que oscila entre lo represivo y la conciliación, la justicia comunitaria, que interviene desde lo informal en conflictos que involucran desde las disputas familiares hasta la seguridad barrial, las ONG de derechos humanos, de carácter internacional o nacional, entre otras formas de regulación que parten de la costumbre rural adecuándose a lo urbano.

A esta variedad de prácticas jurídicas que parten desde lo local se agregan las relaciones en el espacio internacional que impulsan su fortalecimiento. Un ejemplo es lo que ocurre con los indígenas que están en permanente relación con consolidadas organizaciones indígenas provenientes del Ecuador o de Bolivia para posibilitar alianzas transculturales con ONG internacionales que apoyan sus reivindicaciones, con organizaciones supranacionales globales y regionales, entre otras, que promueven la autonomía de estos pueblos, este ejemplo puede trasladarse a las otras prácticas jurídicas locales, lo que origina en tiempos de globalización complementos entre el espacio internacional y lo local, en lo correspondiente al reconocimiento de lo cultural y lo jurídico:

“Lo que en verdad es nuevo en la prominencia de la cuestión indígena es el surgimiento de una coalición transformadora, transnacional, compuesta por ONG indígenas y no indígenas, que han estado llamando la atención de la opinión pública mundial

³⁰ Martínez Torres, M. Del conflicto de modelos para el mundo rural emerge la vía campesina como movimiento social transnacional. En: *Revista el Otro Derecho*, No. 44. Bogotá: ILSA, 2011. p. 22.

hacia las violaciones de los derechos históricos de los indígenas y presionando tanto a las organizaciones nacionales como a los Estados nacionales para que condenen las violaciones, detengan la destrucción y tomen medidas para corregir tal injusticia histórica masiva [...] Este esfuerzo transnacional encaja dentro del proceso de globalización que he llamado cosmopolitismo. Su lectura de nuestro tiempo es paradigmática por naturaleza, su lógica es potencialmente anticapitalista, su política es la autodeterminación y la autonomía, y su ideología es la emancipación de los “modelos de desarrollo” hegemónicos.”³¹

5. PLURALISMO JURÍDICO Y MODELOS DE ESTADO

El pluralismo jurídico contemporáneo no puede dejar de lado al derecho estatal, pese a que desde su soporte teórico del positivismo jurídico fuera desconocida y criticada esta concepción de lo jurídico; por el contrario, el derecho estatal de inicios de siglo fue transformándose en pluralista con la pretensión de regular los conflictos desde una percepción más amplia y de mantener su vigencia en el campo jurídico, por eso el derecho estatal promueve el formalismo que lo caracteriza desde una perspectiva más innovadora como la constitucionalización del derecho codificado, e impulsa, al mismo tiempo, la informalización que tiene una mayor eficacia en la resolución de los conflictos cotidianos en los que están inmersos los ciudadanos, a la vez, reconoce la diversidad cultural y jurídica para posibilitar otras formas de regulación distintas a las que desarrollen las instituciones públicas responsables, esta informalidad del derecho estatal permite que las relaciones con los derechos locales y los provenientes desde lo global sean de complementariedad y armonía.

Por su parte, el Estado constitucional y democrático de derecho aporta la propuesta de control constitucional que cumplen los jueces constitucionales sobre las leyes que producen el Ejecutivo y el Parlamento en representación de las mayorías políticas; esta acción constitucional pretende proteger los derechos fundamentales que

³¹ Santos, B.d.S. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Op. Cit., p. 339.

benefician a las personas y a los grupos de los particulares intereses políticos y económicos:

“[...] la intervención de los jueces frente al legislador no está justificada únicamente cuando están en liza derechos procesales asociados a la participación política, sino también cuando están en juego derechos sustantivos. Ciertamente, tanto los tribunales de justicia como las asambleas legislativas son instituciones imperfectas e infalibles, pero hay razones para creer que, en materia de derechos fundamentales, los tribunales tienen una ventaja comparativa. Si ello es así, es aceptable establecer un sistema de control judicial de la constitucionalidad de la ley, a pesar del coste democrático que esta institución entraña. El reto práctico, entonces, es el de perfilar el concreto sistema de justicia constitucional que mejor se adapte a las condiciones políticas, sociales y culturales de cada país, tratando de maximizar los beneficios que puede aportar esta institución.”³²

Al cumplirse con los derechos prestacionales por parte del Estado y sus instituciones, la exigencia judicial de su garantía por medio de la acción de tutela que realizan las personas de forma cotidiana serían reducidas y posibilitaría que los jueces constitucionales desempeñen otras funciones que les competen, como la ampliación del control constitucional a la inversión de los recursos que son determinados desde distintas instancias administrativas del Gobierno central, departamental y municipal, con la pretensión de que los recursos sean redistribuidos de acuerdo con los principios de igualdad y justicia material; a la vez, ampliar el control de las decisiones judiciales sobre las intervenciones a las instituciones públicas por parte de instancias regulativas, sean del Estado o de entidades privadas nacionales o globales, convirtiéndose en indispensable, ya que lo público es de interés general, de esta manera, se estaría asistiendo a la constitucionalización del ordenamiento jurídico:

“[...] los ordenamientos jurídicos contemporáneos han sido modificados por una serie de cambios que guardan cierta relación con un fenómeno que ha sido denominado “constitucionalización del ordenamiento jurídico”. De acuerdo con Riccardo Guastini por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender

³² Ferreres Comella, V. El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática. En: Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (Eds.). *El canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 479.

un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución totalmente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.”³³

Entre las características del Estado constitucional, que son esenciales para la configuración de un Estado cosmopolita, figura el control sobre el mercado global y transnacional para evitar que sus intereses afecten de forma negativa los derechos fundamentales que benefician a las personas con la pretensión de igualdad material, y fomenten la democracia sustancial que proyecta un Estado sólido donde lo primordial es la expansión y protección de los derechos. Desde este modelo, los jueces constitucionales adquieren una ampliación en sus funciones y responsabilidades debido a que sus decisiones impactan el derecho local, el estatal, el internacional público y el transnacional, incluso las relaciones de colaboración y asesoría especializada entre los jueces de diferentes Estados para dirimir situaciones semejantes cada vez se convierte en una práctica recurrente:

“La repercusión de un novedoso constitucionalismo supraestatal sobre el constitucionalismo tradicional de los Estados se hace comúnmente radical, por quienes lo aprecian, en el extremo genuinamente más constitucional, el de los derechos y sus garantías. No solo se trataría de que esta función ya también se atiende a niveles internacionales, regionales y globales, sino también de que así se genere una dinámica impulsando a los Estados a la recuperación, ampliación y fortalecimiento de su propio desempeño al respecto. Estaría de este modo ya integrándose un solo constitucionalismo bajo el protagonismo remozado de los Estados y con la participación de instancias internacionales más o menos escalonadas o incluso tendencialmente jerarquizadas. Es el escenario ante el que se están acuñando expresiones como la de *multilevel constitutionalism*, o también, por cuanto que toma en cuenta la dimensión supraestatal que repercute en los Estados para beneficio en particular de los derechos, la de neoconstitucionalismo como constitucionalismo recuperado y renovado. Tampoco las constituciones son ya lo que

³³ Carbonell, M. El neoconstitucionalismo: significados y niveles de análisis. Op. Cit., p. 166.

eran, aunque parezcan en ocasiones las mismas, puesto que han dejado de operar en solitario.”³⁴

Precisamente, las distintas constituciones en el contexto global y regional tienen amplios contenidos de derechos fundamentales que fácilmente pueden conectarse entre sí y que el Estado constitucional posibilita por medio de las instituciones responsables que tienen en las cortes o tribunales constitucionales sus representantes más idóneos. Este punto de encuentro por medio de la garantía y protección de los derechos fundamentales que realizan los jueces constitucionales lo consolidan en el contexto global los tribunales internacionales que pretenden proteger los derechos humanos y los derechos fundamentales vulnerados de forma constante por parte de las instituciones públicas y las entidades privadas que realizan sus intervenciones en un determinado Estado. Esta relación entre los jueces constitucionales locales, centrales e internacionales que se hace por medio de la protección de los derechos fundamentales para las personas y colectivos logra una armonía jurídica en el complejo contexto regional que podría convertirse en el camino para la consolidación de las relaciones entre los Estados latinoamericanos, en general, y sudamericanos, en particular.

El modelo de Estado constitucional facilita desde su estructura jurídica tanto la ampliación de las relaciones entre los Estados de la región por medio del fortalecimiento de las organizaciones existentes, v. gr. la OEA, el MERCOSUR, el ALBA, la CELAC y la UNASUR, como la creación de nuevas organizaciones supraestatales que promuevan la integración desde objetivos comunes para beneficio colectivo. Incluso, al lograrse un acompañamiento de los Estados en lo económico, político, social y cultural, de forma recíproca e íntima ciertos derechos fundamentales que han tenido dificultad para su cumplimiento más en unos Estados que en otros tendrían la opción de realizarse plenamente desde estas organizaciones regionales, fortaleciéndose la democracia sustancial y deliberativa que tiene en los ciudadanos y las diversidades culturales latinoamericanas de sus representantes: “La segunda alternativa consiste en establecer un modelo intermedio entre el hasta ahora existente y la república mundial. En este modelo intermedio se conservaría la independencia de los Estados nacionales,

³⁴ Clavero, B. *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2014. p. 131.

pero se afianzaría su interdependencia en cuanto a la protección de las facultades básicas del individuo y la satisfacción de sus necesidades vitales, mediante el fortalecimiento de los nexos de solidaridad entre unos y otros.”³⁵

En los textos constitucionales de la región, incorporar los distintos modelos de Estado permite que los postulados centrales y las pretensiones más progresistas de cada uno de los modelos puedan implementarse sin ningún inconveniente, configurando un Estado híbrido acorde con los desafíos políticos, sociales, económicos y culturales, propios de los inicios de siglo en pleno proceso del fenómeno de globalización. Entre los desafíos que adelantaría este modelo pluralista de Estado estaría la reducción de las tensiones sociales que tiene, con el pasar del tiempo, repercusiones internacionales; otro de los desafíos prioritarios sería el impulso de la integración en lo regional con la pretensión de conformar un sólido bloque que interactúe en términos de igualdad con los restantes bloques regionales del Norte global, convirtiéndose en los protagonistas de la globalización contrahegemónica.

³⁵ Bernal Pulido, C. Problemas de la posición de América Latina en el contexto de la globalización. En: Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (Eds.). *El canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 610.

SEGUNDA PARTE

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. EL ENSAYO Y ERROR EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 7

HEREJÍAS CONSTITUCIONALES Y CIRCULACIÓN DE LA DOCTRINA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*

Liliana Estupiñán Achury
Oscar Elías Herrera Bedoya*****

“En Colombia tenemos un partido liberal, pero no una mentalidad liberal. Por esta razón, las intervenciones y las ponencias del magistrado Carlos Gaviria han causado tanta sorpresa en nuestra sociedad y hasta en algunos círculos intelectuales. La nuestra es una sociedad tradicional que todavía encuentra inmensos obstáculos para entender los principios de convivencia propios de la cultura moderna: principios que, por una parte, corresponden a la filosofía liberal pero que, por otra, constituyen la base de la democracia”

Iván Darío Arango

* Resultado del proyecto de investigación titulado: Transformación de la hermenéutica constitucional e influjo de la doctrina en las sentencias que dicta la Corte Constitucional. Directora e investigadora principal del proyecto en Colombia: Liliana Estupiñán Achury e investigador principal: Oscar Elías Herrera Bedoya. Proyecto adscrito al Grupo de Investigación “Estudios Constitucionales y de la Paz”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre – Bogotá. Semilleros de investigación que apoyaron la elaboración del presente documento: (i) Semillero de la Universidad Libre 2015: Yesid David Páez Porras y Nathalie Andrea Díaz Franco. (ii) Semillero Universidad del Rosario (2012 – 2014): Daniela Villa Márquez, Juan Felipe Ramírez, Javier A Cárdenas Guzmán y María Angélica Nieto (Semillero de investigación de la Universidad del Rosario).

** L. Estupiñán-Achury, docente de planta de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre – Bogotá, Directora del Doctorado en Derecho y del Grupo de Investigación “Estudios Constitucionales y de la Paz”. Calle 8ª No 5-80, Centro de Investigaciones, Bogotá, D.C., Colombia (Teléfono: +57 (1) 3821040; e-mail: lilianaea@hotmail.com – liliana.estupinan@unilibre.edu.co).

*** O.E. Herrera-Bedoya es docente del programa de Ingeniería de Sistemas y director del Grupo InnovaTIC, Universidad Piloto de Colombia, Carrera 9 # 45A-44, Bogotá, Colombia (Teléfono: +57 (1) 3322900 Ext. 344; e-mail: oscar-herrera@unipiloto.edu.co).

INTRODUCCIÓN

El 31 de marzo del año 2015 fallece Carlos Gaviria Díaz, uno de los magistrados más representativos y simbólicos de la Corte Constitucional colombiana. Hizo parte de la “segunda Corte” o “Corte de oro” (1993-2001), aquella que con sentencias fundadoras, emitidas apenas promulgada la Constitución Política de 1991, transformaron la vida jurídica y social del Estado colombiano, además de contribuir al prestigio del Alto Tribunal en diversos lugares del mundo. Durante su paso por la Corte, fue ponente de un número significativo de sentencias que marcaron el inicio de la fase neoconstitucional o del nuevo derecho en Colombia.

El presente trabajo estudia veinte sentencias, proyectos y salvamentos de voto de autoría o coautoría del magistrado Carlos Gaviria Díaz, proferidos entre los años 1992 y 2001. Documentos escogidos por el mismo magistrado e identificados con el nombre de *Sentencias. Herejías Constitucionales*.¹ Tal como lo indica su denominación, los temas objeto de los documentos seleccionados eran y siguen siendo polémicos en la aún conservadora sociedad colombiana. Asimismo, dichos pronunciamientos reflejan el marcado pensamiento liberal del magistrado, así como la influencia explícita e implícita del componente doctrinal que se encuentra e identifica en cada uno de sus fallos o proyectos, los cuales, a su vez, serán objeto de comentarios y análisis en el presente escrito.

Más de 120 autores de todas las nacionalidades y disciplinas científicas son invocados por Carlos Gaviria Díaz en los veinte documentos estudiados. Este número significativo de autores, *en su mayoría hombres*, refleja la importancia que la Corte Constitucional colombiana le ha dado tanto a la citación implícita como explícita de la doctrina y a las diversas obras en sus sentencias. Una tendencia que tendrá su máxima expresión en la “primera Corte o Corte de transición” y en la “segunda Corte Constitucional”, según la periodización que más adelante se explicará. Un estilo evidente en aquellas fases en que se están elaborando las sentencias fundadoras, del recién creado Tribunal

¹ Gaviria Díaz, C. *Sentencias. Herejías Constitucionales*. México, D.F., 2001

Constitucional colombiano (Constitución Política de 1991). En otros artículos o capítulos, resultado del presente proyecto de investigación, se demostrará que la “tercera” y “cuarta Corte”, aunque sigue citando, entran con mayor ahínco en la línea de la cocitación de sus propios fallos y las lógicas del precedente.

Como se observa, este aporte es fundamental para el estudio del mundo de los abogados y, de manera especial, de los jueces constitucionales, a partir del estudio de caso de Carlos Gaviria Díaz y sus emblemáticas sentencias “herejes”, además de su trascendental paso por la Corte Constitucional colombiana.

1. A MANERA DE CONTEXTO. BREVES COMENTARIOS SOBRE EL PAPEL Y LA INTEGRACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Colombia ha sido pionera en asuntos de control de constitucionalidad, el Acto Legislativo No 03 de 1910 previó que la Corte Suprema de Justicia, a través de la acción pública de inconstitucionalidad, fuera la guardiana tanto de la integridad como de la supremacía de la Constitución. Por su parte, en el año 1968, y bajo la vigencia de la Constitución de 1886, se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como una sección especializada en resolver los asuntos constitucionales. Sin embargo, tanto la Constitución de 1886 como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sucumbieron ante la creación y promulgación de un nuevo texto político impulsado, como es lógico, por diversos hechos sociales, políticos y económicos, en este contexto aparece la Constitución Política de 1991, la cual, entre otras, tuvo la tarea de impulsar la fase neoconstitucional en Colombia, caracterizada por el reconocimiento de diversos derechos, acciones constitucionales, discriminación positiva y la creación de la Corte Constitucional, muy a propósito del prestigio que ya tenían dichas corporaciones judiciales en el mundo. A dicho ente se le confió, tal como señala el Texto Político, la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.²

² El Artículo 241 de la Constitución Política señala que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y que para tal fin cumplirá con las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad, interpuestas por los ciudadanos

El nuevo tribunal fue integrado por nueve (9) magistrados,³ escogidos por el Senado de la República –órgano político de circunscripción nacional- de ternas elaboradas por el presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, para periodos individuales de ocho (8) años, sin que sea posible la reelección. Inicialmente, el artículo 22, transitorio de la Constitución, disponía que la primera Corte estaría conformada por siete magistrados para un período de un año, así: dos por el presidente de la República, uno por la Corte Suprema de Justicia, uno por el Consejo de Estado, y uno por el procurador General de la Nación, los cuales, a su vez, designarían a los dos restantes, previa presentación de ternas del presidente de la República.

A partir de esta primera integración, o Corte de transición, se puede afirmar que la Corte Constitucional ha tenido⁴ diversas etapas o momentos⁵: (i) una primera etapa, ya descrita y que se denomina en este escrito como transitoria, la cual está comprendida entre 1992 a 1993;⁶ (ii) la segunda Corte, comprendida entre los años 1993 a 2001,

contra actos reformativos de la Constitución, pero solo por vicios de forma; 2. Decidir, con antelación al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad a un referendo o asamblea constituyente para reformar la Constitución, pero nuevamente solo por vicios de procedimiento en su formación; 3. Decidir sobre la constitucionalidad de referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización; 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que interpongan los ciudadanos contra las leyes, aquí tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento; 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación; 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución; 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución; 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales; 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los apruebe; 11. Darse su propio reglamento.

³ Artículo 317, 318 y 319 de la Ley 5 de 1992.

⁴ Esta afirmación se hace sin tener en cuenta las circunstancias que modifican los periodos individuales de cada magistrado(a) como sucede con las renunciaciones.

⁵ Elección Visible. Recuperado desde: <http://eleccionvisible.com/index.php/corteconstitucional> Tomado el 8 de junio de 2015.

⁶ La primera Corte o Corte de transición, estuvo integrada por los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein. Estos magistrados crearon los fallos fundadores.

etapa en la cual estuvo presente el magistrado Carlos Gaviria Díaz, y cuyas sentencias hacen parte del presente artículo;⁷ (iii) la tercera, comprendida entre los años 2001 a 2009⁸ y (iv) el actual período 2009 a 2017 o cuarta etapa.⁹

2. CITACIÓN DE DOCTRINA EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En Colombia es usual que el juez constitucional acuda a la citación de doctrina para fundamentar sus fallos. De hecho, los jueces acuden a expertos en diversas disciplinas conforme a los casos y temas a solucionar. Así, los fallos de la Corte Constitucional se caracterizan por la citación de doctrina y de diversos libros y publicaciones, datos, estadísticas, informes científicos, documentos oficiales, estudios de ONG, conceptos de expertos, artículos científicos, además del soporte normativo y jurisprudencial, tanto nacional, como de diversos tribunales internacionales, especialmente de aquellos prestigiosos en asuntos de hermenéutica e interpretación de derechos.

Siguiendo la tradición romano germánica, tal alterada en las últimas décadas ante la influencia anglosajona, la Constitución Política de 1991 prescribió que los “Los jueces en sus providencias solo están

⁷ La segunda Corte o Corte de oro, estuvo nuevamente integrada por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz. A la anterior lista se adicionan, los magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz, Antonio Barrera Carbonell, Vladimiro Naranjo Mesa y Hernando Herrera Vergara. Nuevamente la presencia femenina es nula. La segunda etapa estuvo integrada por cuatro magistrados que provenían de la primera Corte o Corte de transición.

⁸ Por su parte, en la tercera etapa de la Corte Constitucional se resalta el ingreso de una mujer como primera magistrada titular, se trata de Clara Inés Vargas Hernández. Igualmente, hicieron parte de dicha etapa Alvaro Tafur Galvis, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Luis Eduardo Montealegre Lynett y Alfredo Beltrán Sierra, quien fue escogido para el periodo 1998-2006 después de la salida de Jorge Arango Mejía.

⁹ Finalizada esta tercera etapa de la Corte Constitucional, se empieza a reconfigurar su composición escogiéndose a los magistrados Humberto Sierra Porto (culminó su magistratura), Nilson Elías Pinilla Pinilla, Mauricio González Cuervo, María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (supendido por plenaria del Senado), Juan Carlos Henao (renunció) y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Posteriormente se escogieron a los magistrados Alberto Rojas Ríos, Luis Guillermo Guerrero, quienes reemplazaron a Humberto Sierra Porto y Juan Carlos Henao, respectivamente. Por último, el ingreso de los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Gloria Estela Ortiz, quienes reemplazaron a Mauricio Gonzalez Cuervo y Nilson Pinilla, respectivamente.

sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Artículo 230 de la Constitución Política). A pesar de ello, la doctrina no juega un rol inocuo en la creación de sentencias en Colombia, y su importancia como formante cada día adquiere mayor fuerza, en especial desde la adopción jurisprudencial del concepto de “doctrina del derecho viviente”. “Reconocerle valor jurídico al derecho viviente dentro del juicio de inconstitucionalidad de las leyes, esto es, a la labor interpretativa que de las normas realizan la jurisprudencia y la doctrina, y que determina su margen de aplicación en el contexto social, constituye una garantía de imparcialidad, efectividad y seguridad del juicio, ya que le permite a éste establecer con claridad cuál es el verdadero alcance de la norma examinada, tomando conciencia clara de la regla de derecho que va a ser confrontada con la Constitución Política”.¹⁰ La Corte ha sido enfática cuando afirma que no cualquier producto doctrinal tiene la virtualidad de consolidarse como “derecho viviente”, sino que debe observar unas características o requerimientos mínimos para que su influencia pueda llegar a ser esencial dentro del control de constitucionalidad. Desde el punto de vista cuantitativo, se requiere que sean varios los tratadistas, que exista concordancia entre las opiniones vertidas sobre la materia tratada en la ley, y que la opinión sea lo suficientemente conocida. Respecto al elemento cualitativo, la autoridad e importancia académica del tratadista le reconoce a éste una distinción especial que, en suma, se traduce en una mayor aceptación de la interpretación que le haya dado a la ley en discusión”.¹¹

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002, citada en sentencia C-901 de 7 de 2003. Sala Plena, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ “De acuerdo con lo señalado en la Sentencia C-557 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), seguida por la sentencia C-426 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), puede considerarse que constituye derecho viviente la interpretación jurisprudencial y doctrinal: (i) que sea consistente, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) que este plenamente consolidada o afianzada, como se mencionó, una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; y que sea relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos”. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2003. Sala Plena, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Ahora bien, vale la pena preguntarse si la influencia del formante doctrinal solo se circunscribe a la categoría de “doctrina del derecho viviente” o si verdaderamente comporta un fenómeno de mayor amplitud. Desde la perspectiva de éste trabajo, la “doctrina del derecho viviente”, es solo una de las tantas manifestaciones que el formante doctrinal tiene sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tal como se ha señalado, los jueces soportan sus sentencias con los formantes jurídicos, entre los cuales está la doctrina, esto es, aquellas “interpretaciones, comentarios o anotaciones que hacen los autores o articulistas, alrededor de las instituciones jurídicas o de los textos que se refieren a derecho”.¹² En esta definición, dada por Manuel Quinche, es evidente que el autor o doctrinante debe proceder del mundo del derecho, y es precisamente esta condición la que hace que sus comentarios adquieran importancia y relevancia a la hora de la interpretación y resolución de un caso. Sin embargo, tal como se demostrará más adelante, las citas que realiza la Corte Constitucional colombiana no se circunscriben a esta definición tradicional de doctrina o a esta concepción del formante doctrinal; por el contrario, los jueces constitucionales acuden a diversas clases de publicaciones, varias de ellas ajenas al mundo del derecho. Sin duda, un dato importante es que este nicho citacional interdisciplinario suele ser significativo o definitivo a la hora de la decisión final.

La Corte Constitucional colombiana, prolífica en sus fallos, ha proferido, a la fecha (31-7-2017), 24.483 sentencias, de las cuales 18.240 son sentencias de tutela y 6.243 de constitucionalidad (Ver Figura 1.). La significativa cifra de sentencias de tutela está relacionada con el vasto movimiento que tiene dicha acción en un Estado que se proclama en el artículo 1º de la Constitución Política como “Social” de Derecho. Sin duda esta acción constitucional ha transformado el país y ha materializado la Constitución Política de 1991.

Tal como denotan las cifras, el número de tutelas interpuestas es vasto en Colombia. Aún así es necesario recordar que el Alto Tribunal actúa a manera de revisión, y que la selección de todo el universo

¹² Quinche, M. El precedente judicial y sus reglas. Bogotá, D.C., 2014. p. 17.

que les llega, se realiza por parámetros especiales (Acuerdo No 01 de 30 de abril de 2015 – Corte Constitucional). Un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo señala que cada minuto se interpone una acción de tutela en Colombia y que cada cuatro minutos dicha acción constitucional se interpone para amparar el derecho a la salud o asuntos relacionados con el sistema de salud.¹³

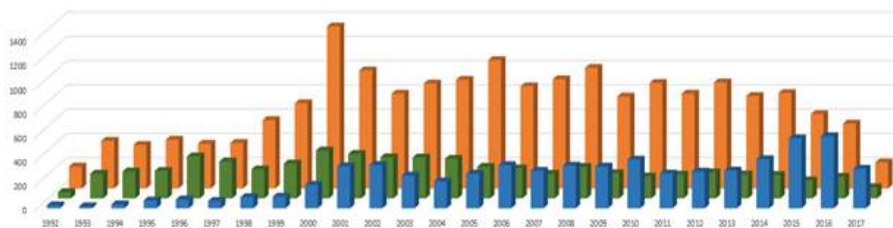
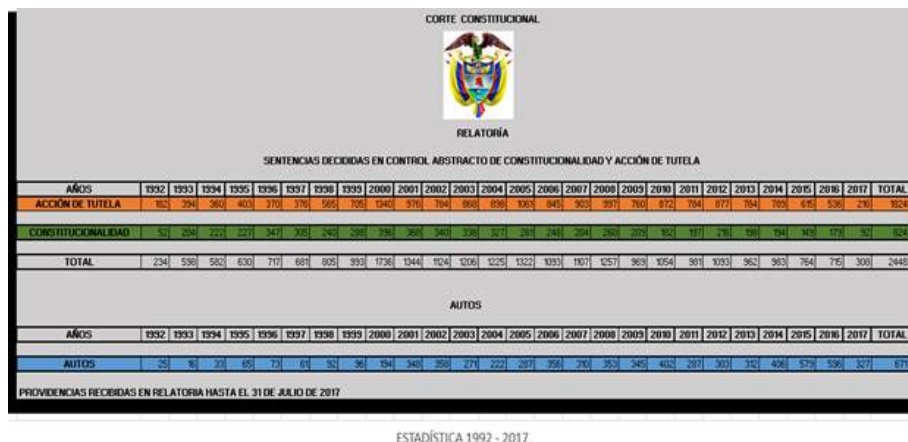


Figura 1. Estadísticas Corte Constitucional. Sentencias decididas en control abstracto de constitucionalidad y acción de tutela (1992-2016)

Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php>

¹³ Otálora, J. Cada minuto se interpone una acción de tutela en Colombia. En: *Periódico El Espectador*. 2016. Recuperado desde: <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/cada-minuto-se-interpone-una-accion-de-tutela-colombia-articulo-512870>

En este vasto universo de pronunciamientos, se observa una tendencia pacífica frente a la utilización de citas “doctrinales” por parte de la Corte Constitucional, especialmente en casos de constitucionalidad, en donde se hace necesario el despliegue doctrinal y teórico de la justicia para la resolución de casos complejos. También se observa dicha tendencia en materia de tutela, aunque, tal como se ha señalado, la Corte ha construido su propia doctrina constitucional (lo que no desplaza la citación explícita doctrinal del todo, y menos el uso de documentos e informes interdisciplinarios y especializados, necesarios para el soporte de esta clase de pronunciamientos). El uso de la cocitación o de la citación de sus fallos por parte de la Corte Constitucional no ha desplazado a la citación explícita doctrinal.

3. CARLOS GAVIRIA, EL AUTOR DE LAS “SENTENCIAS HEREJES”

Carlos Gaviria Díaz nació el 8 de mayo de 1937 en Sopetrán (Antioquia - Colombia), abogado de la Universidad de Antioquia (universidad pública de alto reconocimiento en Colombia) y estudiante especial en la Universidad de Harvard en Jurisprudencia, Derecho Constitucional y Teoría Política. Prestigioso profesor, directivo universitario y defensor de derechos humanos. Tal como se relató anteriormente, magistrado de la Corte Constitucional entre los años 1993 y 2001. Luego de su paso por la Rama Judicial, y en razón de su alto prestigio social, logró una curul en el Senado de la República (2002), por el Frente Social y Político, además de una importante y significativa participación como candidato presidencial por el Polo Democrático Alternativo (2006), partido de izquierda en Colombia. Sus últimos años fueron de activa militancia política en la izquierda colombiana, además de fungir como profesor de diversas universidades en los posgrados, maestrías, e incluso doctorados tanto en las áreas de derecho constitucional, interpretación constitucional, historia y filosofía del derecho.

Identificado por Uribe Álvarez, como un filósofo práctico, liberal y positivista.¹⁴ Arango, por su parte, invocó a Sócrates como “su

¹⁴ Uribe Álvarez, R. El laicismo y el relativismo ético: dos actitudes democráticas de Carlos Gaviria. En: *Carlos Gaviria Díaz In Memoriam*, Alma Mater No 642, Universidad de Antioquia, 2015. p. 20.

filósofo favorito, pero también a Rousseau y Kant”,¹⁵ quienes formaron la “base conceptual de su filosofía moral y política”.¹⁶ Asimismo, Chinchilla señaló que tras su paso por Harvard fue cautivado por el realismo jurídico, “más por la versión sofisticada escandinava de Alf Ross, que por la descarnada estadounidense de O.W. Holmes o de J. Frank”.¹⁷ Pero es en H.L.A. Hart, en donde Gaviria va a encontrar, según Chinchilla, “la más completa explicación de las complejidades del orden jurídico como técnica normativa y de la ardua práctica de los juristas”.¹⁸ También, en Wittgenstein encontrará argumentos para detectar que “nuestra tragedia se origina ante todo por una falta de ética que, en el fondo (...), es una falta de estética”, “es ordinariéz humana”.¹⁹ Sin duda, la descripción que realizan estos académicos refleja el marcado espíritu humanista y liberal del autor de las “Sentencias herejes”.

Tal como se señaló anteriormente, Gaviria publicó en el año 2002 la primera edición del libro titulado *Sentencias. Herejías constitucionales*. En dicha obra compiló unas cuantas sentencias, proyectos de sentencias y salvamentos de voto, proyectados durante su paso por la Corte Constitucional. Se atrevió a publicar esta compilación, en tanto consideraba que dichos pronunciamientos transformaron la jurisprudencia constitucional colombiana y representaron, en su criterio, la “recepción de una hermenéutica nueva”,²⁰ surgida a partir del nuevo pacto constitucional de 1991, en donde el juez es, además, creador de derecho.

Asimismo, consideraba que estos aportes reflejaban el papel trascendental del juez en la transformación significativa de la sociedad; especialmente en aquellos contextos caracterizados por el subdesarrollo. Así, el juez constitucional tiene la noble tarea de materializar los anhelos de la sociedad, por supuesto, “sin usurpar

¹⁵ Arango, I. D. La solidez intelectual del doctor Carlos Gaviria. En: *Carlos Gaviria Díaz In Memoriam*. Op. Cit., p. 18.

¹⁶ *Ibid.* p. 18.

¹⁷ Chinchilla, T. ¿Qué es el derecho, según Carlos Gaviria? En: *Carlos Gaviria Díaz In Memoriam*. Op. Cit., p. 21.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Gaviria Díaz, C. Op. Cit., p. XIII.

sin duda, los principios y máximas liberales que se invocan de manera permanente en este pronunciamiento de la Corte Constitucional. Para ello se citan autores de diversas disciplinas: abogados, psiquiatras, sicólogos y filósofos, entre otros.

La Corte Constitucional soporta los fundamentos y consideraciones de la demanda de forma explícita o con debida citación al final de la sentencia, basándose en: Emmanuel Kant (*Crítica del Juicio*); John Locke (*Ensayo sobre el Gobierno Civil*); Erich Fromm (*El miedo a la libertad*), Augusto Gómez Pérez (*Sustancias Psicoactivas: Historia del consumo en Colombia*); Carlos Santiago Nino (*Ética y derechos humanos*) y, finalmente, en un informe del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas.

Sin duda, el autor decisivo para efectos de la decisión fue Jhon Rawls. (Aunque no aparece en las referencias finales de la sentencia). La misma situación de ausencia formal de referenciación ocurre con Richard Rorty, Octavio Paz, Thomas Szasz y L. Fuller (este último autor fue constantemente invocado por Carlos Gaviria Díaz en sus pronunciamientos).

b. Sentencia C-239 de 1997. Eutanasia

Vivir es un derecho, y no un deber; las personas pueden disponer de su propia vida. El derecho a la vida, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad, máximas que entran en tensión y que deben leerse a la luz de una Constitución antropocéntrica. “Si la interpretación del derecho a la vida debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, se puede afirmar que la vida, como los demás derechos fundamentales, tiene un carácter relativo, así se le considere un bien básico, sin el cual los demás no son siquiera pensables”²⁴.

Francesco Carrara (*Programa de Derecho Criminal. Parte General*); Ronald Dworkin y otros (*Assisted Suicide*); M.A. García Herrera (*Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española*) y Richard Rorty (*Contingencia, ironía y*

²⁴ Ibíd. p. 34.

solidaridad), son citados y referenciados de forma completa en la sentencia. También se invoca a Radbruch y a Irving Marmer Copi con su texto *Introducción a la lógica*, e incluso se cita la sentencia fundadora de línea en materia de eutanasia, esto es, la T-493 de 1993, proyectada por el magistrado Antonio Barrera Carbonell.

c. Sentencia C-087 de 1998. Ejercicio del periodismo

La pregunta de esta sentencia está relacionada con el derecho fundamental a opinar libremente: ¿puede hacerse de la actividad de opinar que, como se ha visto, implica el ejercicio de un derecho fundamental y universal (dentro de un sistema como el nuestro), una profesión que puedan monopolizar quienes acrediten poseer ciertos conocimientos?²⁵ La respuesta de la Corte a la pregunta es negativa. De manera especial, se soporta la sentencia en una cita esencial de Carlos Cossio, iusfilósofo argentino, quien muestra la libertad de opinión como un derecho fundamental. Sin duda, esta cita es trascendental dentro del fallo: “una misma persona tiene varias estratificaciones según el ámbito de valor en que se encuentre proyectada, puede ser masa para (determinada actividad), opinión pública para la política o la poesía, opinión técnica para la medicina o la arquitectura, y acaso creador en alguna de ellas”.²⁶ En todo caso, una constitución como la colombiana, democrática, por lo demás, no podría impedir o restringir el derecho a la opinión, bajo el argumento de incompetencia intelectual, esto caería en el mundo de la censura. En dicha sentencia, también se cita a Platón, Descartes y Ortega y Gasset.

d. Sentencia C-022 de 1996. Principio de igualdad – proporcionalidad

Derecho de igualdad, aplicación del principio de igualdad, “test de razonabilidad” y proporcionalidad, dogmática sobre la cual se resuelve una demanda de constitucionalidad sobre unos privilegios académicos concedidos a aquellas personas que hubiesen prestado servicio militar en Colombia. En esta ocasión la Corte cita a autores clásicos como Aristóteles, con su máxima “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”,²⁷ complementado por un pensador

²⁵ *Ibíd.* p. 47.

²⁶ *Ibíd.* p. 49.

²⁷ *Ibíd.* p. 63.

contemporáneo, Norberto Bobbio, quien agregó la relatividad del derecho a la igualdad, en razón de los sujetos, los bienes o gravámenes a repartir y el criterio para repartirlos.²⁸ Pero, sin duda, la sentencia va a declarar la inexequibilidad del privilegio, a partir de la aplicación del test de razonabilidad y el concepto de proporcionalidad, para lo cual son fundamentales la influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Federal de Alemania, la Corte Europea de Derechos Humanos y, por supuesto, la dogmática de Robert Alexy. En dicha sentencia, también se cita a Theodor Viehweg, *McLaughlin v. y BVerfGE*.

e. Sentencia C-410 de 1994. La mujer y la pensión de vejez. Sentencia C-371 de 2000. Ley de cuotas

Sentencias que soportan las medidas de discriminación positiva diseñadas en Colombia, en beneficio de las mujeres. Para ello, la Corte revisó estudios sociológicos, históricos, médicos, psicológicos, e incluso jurídicos sobre el tema de género, discriminación y relegación. De manera especial, la Sentencia C-410 de 1994 declara exequible una norma que establece una menor edad de jubilación para las mujeres. “En dicha providencia se dejó claro que el legislador, bien podía “tomar medidas positivas dirigidas a corregir desigualdades de factor, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económico y social”.²⁹

Por su parte, la Sentencia C-371 de 2000 revisó un proyecto de ley estatutaria relacionada con la adecuada y efectiva participación de las mujeres en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público. Con base en sendos datos estadísticos, la Corte encontró que las mujeres, a pesar de presentar los mismos estudios en relación con los hombres, no ocupan los mismos cargos ni devengan los mismos salarios. En dicho pronunciamiento se fortalece el componente doctrinal de la Corte en materia de discriminación inversa, lo cual sirvió para sacar adelante, con algunos condicionamientos, la ley estatutaria estudiada. Sin duda, estos tres puntos hacen parte de la gran reflexión que soporta esta sentencia: “1). La validez de estas medidas depende

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.* p. 117.

de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta, por ejemplo, la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas a favor de las mujeres; además de ello deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias. 2) No toda medida de discriminación inversa es constitucional (...). En cada caso habrá de analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada. 3) Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la igualdad real y efectiva pierden su razón de ser”.³⁰

Sin duda, se trata de una sentencia generosa en citación doctrinal y en cocitación de la propia Corte Constitucional. Priman los doctrinantes anglosajones que, para la época, habían desarrollado en profundidad el tema de la participación de la mujer y la igualdad de sus derechos. Entre otros, Greenwalt Kent, Steven M. Cahn, Jethro K. Lieberman, asimismo, Mom Kelber y Mala N. Htun. También es abundante la legislación y jurisprudencia en materia de acciones afirmativas. Entre otros, Corte Suprema de Justicia, Caso *Regents of the University of California v. Bake* (1978), Caso *United Steelworkers v. Weber* (1994), *Wygant v. Jackson Bord of Education* (1987), *Richmond v. J.A. Croson Company* (1989) y *Arand Constructors, Inc. v. Pena* (1995). Para Europa, ver: Corte de Justicia de la Comunidad Europea, Caso *Kalankee v. Frei Hansestadt Bremen* (1995), Caso *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* (1997) y Corte Suprema Federal de Suiza. *G. v. Council of the Canton of Solothurn*. (1997).

f. Sentencia T-321 de 1993. Sexo y violencia en televisión. Sentencia C-404 de 1998. La familia en la Constitución de 1991 – incesto. Proyecto de Sentencia C-371 de 1994. El castigo a los niños (grupo de sentencias o proyecto de sentencias sobre la familia)

La familia es el objeto de esta nueva agrupación de sentencias. La Sentencia T-321 de 1993, referida a una demanda de tutela en contra de la emisión de telenovelas o programas de alto contenido sexual en los horarios diurnos por considerar que aquellos violan los derechos de los niños a la educación, a la cultura y a la unión familiar. Esta

³⁰ *Ibíd.* p. 118.

sentencia contiene una síntesis de los conceptos emitidos por los expertos consultados por la Corte Constitucional sobre el impacto de los programas de televisión con alto contenido sexual en los menores de edad. Se caracteriza por la transcripción de varios de los conceptos de los expertos consultados por la Corte, entre otros, los aportes de Luis Carlos Restrepo, Juan Fernando Pérez, Irene González y Javier Jaramillo, quienes coinciden en afirmar que la representación televisada de escenas de explícito contenido sexual no suelen producir alteraciones significativas en las personas y que, más bien, dichos cambios están directamente relacionados con la vida familiar, sexual y afectiva de los padres y su sana relación con los menores.

Por su parte, la Sentencia C-404 de 1998, que estudia el tipo penal del incesto, invoca textos y conceptos de expertos en el tema, tales como psicólogos, antropólogos, psicoanalistas y médicos especializados en genética. Asimismo, contiene una reflexión dogmática sobre los temas de derecho y moral. Freud, Durkheim, Claude Lévi-Strauss, Malinowski, Margaret Mead, Ligia Echeverry Ángel, Emilio Yunis Turbay, Virginia Gutiérrez de Pineda, Guillermo Páramo Rocha, Esther Sánchez Botero, Gustavo Ángel Villegas, Rafael Elejalde y Guillermo Hoyos Vásquez, entre otros, son invocados en este fallo, al cual se le agrega una aclaración de voto, suscrita por Carlos Gaviria Díaz, Antonio Barrera Carbonell y Alejandro Martínez Caballero, en la cual se señala que, con base en las razones esenciales que soportaron el fallo, la penalización del incesto está plenamente justificada a la luz de la Constitución Política colombiana. No obstante, cuando se trate de adultos, con plena capacidad de consentimiento y sin convivencia actual en el núcleo familiar, la pena carece de toda justificación, en este caso la conducta no es antijurídica ya que no resulta lesiva del interés tutelado por la ley.³¹

Por último, el proyecto de Sentencia C-371 de 1994. El castigo a los niños. En esta ocasión se demanda el artículo 262 del Código Civil colombiano referente a la posibilidad que tienen los padres de ejercer un “castigo moderado” sobre sus hijos. El proyecto solicitaba la inexequibilidad de la norma, a partir de referentes históricos y

³¹ *Ibíd.* p. 204.

filosóficos acerca del castigo como una representación del elemento punitivo utilizado para la corrección del comportamiento. Para dichos efectos, el proyecto citaba a filósofos antiguos como Platón, Sócrates y Aristóteles, así como a filósofos modernos de la talla de Kant, Hegel, Bentham y Mac Corminck. Igualmente, a pedagogos como Piaget. Conforme se lee en el proyecto, el que la sanción fuera “moderada”, tal como aparece en el artículo 262 del Código Civil, no resolvía el problema en un Estado de marcada violencia como el colombiano, “pues resulta altamente riesgoso dejar librados al criterio de quien aplica el castigo, la índole del mismo y el grado en que debe aplicarse, o que la rectificación la haga el juez cuando ya las consecuencias pueden ser irreversibles”. Además, si, como ha quedado establecido, sancionar es aplicar un castigo y éste implica mortificación y aflicción ocasionados contra la voluntad de quien las padece, no hay la menor duda de que el castigo está explícitamente proscrito por el artículo 44 superior al ordenar que se proteja a los niños contra “toda forma de violencia física o moral”.³²

Sin embargo, el proyecto fue derrotado y al consultar la sentencia finalmente aprobada, la cual se identifica con el mismo número del proyecto antes comentado, esto es, C-371 de 1994, del magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, se lee en su parte resolutive la declaración de exequibilidad de las expresiones “...sancionarlos moderadamente”, contenidas en el artículo 262 del Código Civil, tal como quedó redactado según el artículo 21 del Decreto 2820 de 1974, pero de las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluida toda forma de violencia física o moral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12, 42 y 44 de la Constitución Política”.³³

g. Sentencia de Unificación SU-47 de 1999. Inviolabilidad parlamentaria

Mediante esta sentencia de unificación se precisan y corrigen algunos fallos anteriores sobre el tema de la inviolabilidad parlamentaria en

³² *Ibíd.* p. 223.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C- 371 de 1994, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

los juicios adelantados por la Cámaras. Señala la sentencia que, “En efecto, las opiniones incidentales de las sentencias C-222 de 1996 y C-245 de 1996 habían puesto en peligro valores esenciales de nuestro ordenamiento constitucional, como la propia inviolabilidad parlamentaria, el libre debate democrático y el debido proceso de algunos congresistas investigados por la Corte Suprema. Era, pues, necesario aclarar esos criterios. En el contexto, y conforme a la rectificación jurisprudencial adelantada en esta sentencia, es claro que la peticionaria (Viviane Morales) no puede ser investigada ni sancionada penalmente por las opiniones y votos que formuló durante el juicio adelantado por la Cámara de Representantes contra el presidente Samper. Por ende, y según lo desarrollado en los fundamentos jurídicos 32 a 39 de esta sentencia, la investigación adelantada en su contra por la Corte Suprema de Justicia constituye una vía de hecho prospectiva, por falta absoluta de competencia, la cual desconoce el debido proceso de la peticionaria”.³⁴

Sin duda, es una sentencia generosa en referencias históricas, legislación extranjera, derecho comparado, tribunales internacionales, doctrina nacional e internacional y diálogo *inter corte*. Entre los autores invocados, se resaltan: José María Samper, Florentino González, Alexandro Pizzorusso, Francesco Carrara, Perelman, Neil McCormick, André Hauriou, A. Fernández Miranda, Enrique Álvarez Conde, Joseph Barthélemy, Laurence Tribe, Fernando Santaella, Miguel Lanz Duret, Francisco Rubio Llorente, Humberto Quiroga Lavíe, Juan González Calderón, Antonio José Iregui, Hamilton, Denis Keenan y Robert Alexy, entre otros.

h. Proyecto de Sentencia C-456 de 1997. El delito político

Se somete a juicio de constitucionalidad el artículo 127 del Código Penal, el cual señalaba “que los rebeldes o sediciosos no quedarían sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”. Gaviria invoca a Rousseau, Carrara, Ferri y Garófalo, para efectos de justificar la dogmática y el tratamiento diferencial del delito político. Asimismo,

³⁴ Ibíd. p. 290 y 291.

realiza un recuento constitucional e histórico del delito político en Colombia y lo analiza a la luz de la Constitución Política de 1991. Para hacerlo, se basa en diferentes sentencias que determinan el alcance del delito político, tales como la C-214 de 1993, C-069 de 1994 y la C-127 de 1993. Según Gaviria, “desde una perspectiva filosófica (liberal), el rebelde no es asimilado por la legislación a un facineroso. Por eso hay absoluta coherencia en la norma cuando excluye de ese trato benévolo “los actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”. Porque éstos no son propios de alguien que, en función de móviles altruistas, resuelve perseguir la consecución de sus ideales por medios jurídicos reprochables, pero no contradictorios con propósitos nobles y sociales, que son los que el legislador demócrata y pluralista juzga respetables”.³⁵

El proyecto de Gaviria no fue aprobado y finalmente la Sentencia del mismo número del proyecto, esto es, la C-456 de 1997, declaró la inexequibilidad del artículo 127 del Decreto 100 de 1980 “Por medio del cual se expide el Código Penal” y el artículo 184 del Decreto 2550 de 1988 “Por medio del cual se expide el Código de Justicia Penal Militar”.³⁶

i. Sentencia C-563 de 1995. La cobardía y el honor militar

En la Sentencia C-563 de 1995 se estudió la constitucionalidad de los artículos 134 y 124 del Código Penal Militar, los cuales hablan de los delitos de cobardía y el temor en caso de combate. Para la Corte, es claro que las disposiciones cuya exequibilidad se cuestiona son imprescindibles dentro de un código penal militar, “pues sin ellas no es concebible la existencia de un ejército, ni la defensa, por medio de las armas, de los bienes que con ellas se juzga necesario defender”.³⁷

Interesante invocación a Sócrates (en el diálogo “Laques”), para explicar el alcance del concepto de valentía: “¿Qué es el valor?”, pregunta Sócrates, y el protagonista, que es un célebre general ateniense, responde: “¡Por Zeus!, Sócrates, no es difícil responder. Si uno está dispuesto a rechazar, firme en su formación a los enemigos y

³⁵ *Ibíd.* p. 310.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 1997, Magistrados Ponentes: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁷ Gaviria Díaz, C. Op. Cit., p. 323.

a no huir, sabes que ese tal es valiente”. Asimismo, cita a Fuller, Hart, Findlay, Kant, G. Le Bon y a Freud.

j. Sentencia SU-747 de 1998. El heroísmo no es un deber del ciudadano (Salvamento de voto – Carlos Gaviria)

Por su parte, la Sentencia SU-747 de 1998 examina una acción de tutela instaurada por un ciudadano que considera que se le han violado sus derechos al no aceptarle la renuncia a ser jurado de votación en un sitio de graves problemas de orden público. “Es decir, se trata de establecer si, en presencia de circunstancias de violencia electoral, constituye una carga desproporcionada sobre las personas designadas como jurados de votación, la exigencia de que cumplan con la función que les ha sido asignada, a pesar de las amenazas que cursan en su contra”.³⁸ Los hechos ya estaban consumados al momento de llegar la tutela al Alto Tribunal, aun así, asumió la competencia y confirmó la sentencia inicial que negó la solicitud de tutela entablada contra el registrador del Estado Civil Municipal de Santiago.³⁹ Según la Corte, “de la fórmula del Estado Social de Derecho se deriva que los ciudadanos no solamente cuentan con derechos, sino también con obligaciones. Una de ellas es precisamente la de colaborar con la realización de los comicios electorales. En el marco de la situación actual del país esta colaboración puede generar algunos peligros, propios de una sociedad consumida por la violencia, fenómeno que no escapa a ninguna de las manifestaciones sociales. El desempeño del cargo de jurado de votación puede estar acompañado de ciertos riesgos, sobre todo cuando se cumple en zonas donde los grupos armados deciden convertir en blanco de sus acciones a los participantes y los colaboradores de los debates electorales”.⁴⁰

Carlos Gaviria, junto con otros magistrados, presenta aclaración de voto, soportado en la violación del principio de la dignidad humana invocado por la Constitución Política al obligar a personas a someterse a este tipo de actos que atenta contra su vida y seguridad en zonas de evidente afectación del orden público. Señala Gaviria: “Pensar que en

³⁸ *Ibíd.* p.327.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia de Tutela SU-747 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁰ *Ibíd.*

una zona como el Putumayo, donde la insurgencia les ha impuesto sus leyes aún a los organismos armados responsables de defender la soberanía, son suficientes 25 policías para garantizar la vida de los ciudadanos obligados a servir de jurados en un certamen electoral, y sobre los cuales pesa la amenaza de un “juicio popular”, es pueril e irrisorio. Como igualmente lo es el descartar como amenaza seria un panfleto cuya autoría puede atribuirse fundamentalmente a un grupo armado en condiciones de realizar sus designios”.⁴¹

En el salvamento de voto, Gaviria cita a Rousseau, asimismo, presenta una rectificación histórica a la Sentencia SU-747 de 1998 en los siguientes términos: “No fue el “Plebiscito” de 1957 el que confirió a la mujer el derecho al sufragio. Si éste fue votado por ella fue, justamente, porque el Acto Legislativo número 3 de 1954, vigente en el momento de votarse la reforma plebiscitaria, había abolido la restricción contenida en el artículo 171 de la Carta del 86, que reservaba tal derecho a los varones”.⁴²

k. Sentencia T-523 de 1997. Autonomía jurisdiccional en las comunidades indígenas – el debido proceso. Sentencia T-349 de 1996. Pluriculturalismo y derechos humanos

En este literal se agrupan dos sentencias relacionadas con el tema de la jurisdicción indígena, pluralismo jurídico, respeto a la diversidad étnica, debido proceso y derechos humanos.

En la Sentencia T-523 de 1997, la Sala de Revisión se pronuncia sobre una tutela interpuesta por un indígena paez contra el gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, por violación de sus derechos a la vida, a la igualdad y al debido proceso. La Corte hace alusión al nuevo modelo de Estado creado por la Constitución Política de 1991 y el correspondiente reconocimiento de las minorías étnicas, su cultura, lengua, territorios, justicia y el necesario consenso intercultural a que todas estas reivindicaciones constitucionales conlleva. Para efectos de la revisión fueron definitivas

⁴¹ Gaviria Díaz, C. Op. Cit., p. 330.

⁴² *Ibíd.* p. 330.

las citas realizadas tanto de la antropóloga Esther Sánchez experta en la cultura paez como del francés, Vincent Berger.

A partir de los estudios realizados por la antropóloga Sánchez, la Corte pudo entender a fondo la cultura paez, su justicia, procesos, autoridades y los castigos más usuales, entre otros, “el fueite, los trabajos forzados en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los de afectados y la expulsión del territorio”.⁴³ Asimismo, el tema de la imputación de la sanción tanto personal como familiar, cuando sea del caso. A partir de este aporte, la Corte observa la legalidad del procedimiento adelantado por el cabildo contra el indígena y concluye que al accionante no se le violaron los derechos de defensa y del debido proceso. También se resalta en este fallo de revisión, la citación que se realiza sobre pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha establecido que no todas las penas corporales se asimilan a tortura y que para que adquiera tal entidad los sufrimientos deben ser graves y crueles.⁴⁴

En la Sentencia T-349 de 1996, la Corte analiza los límites que tiene el Estado colombiano frente al juzgamiento de las personas de las diferentes comunidades indígenas con base en el principio de protección a la diversidad cultural y su alcance a la luz de la constitución política, para ello, cita varias sentencias relacionadas con el tema: T-380 de 1993, C-530 de 1993, C-58 de 1994, T- 377 de 1994, entre otras. Asimismo, la Corte se concentra específicamente en la comunidad Embera-Chamí y para esto busca la opinión de varios expertos, tales como los antropólogos Carlos César Perfán y Luis José Azcárate, cuyos estudios son definitivos para llegar a la conclusión de que en este caso concreto, se ha violado el derecho al debido proceso,

⁴³ *Ibíd.* p. 339.

⁴⁴ De manera concreta se cita a Vincent Berger, tomando apartes de su texto “Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” en el cual se recrean situaciones similares a la tratada dentro de esta sentencia. “Un ejemplo de estas decisiones lo constituye el caso “Tyrer”, en el que el Tribunal europeo estableció que la conducta de las autoridades de la Isla de Man (Inglaterra), al castigar a un joven por haber agredido a un compañero de escuela a tres golpes “con una vara de abedul”, no constituían una práctica de tortura ni de pena inhumana “porque los sufrimientos que ella provocaba no alcanzaban los niveles que contemplan estas nociones”. Sin embargo, la Corte consideró que se trataba de una pena degradante que humillaba al joven groseramente delante de otros individuos y ante sus propios ojos. Otro caso es el de Irlanda contra el Reino Unido, en el cual la Corte reiteró que mientras las penas no produzcan sufrimientos de una intensidad y crueldad particular, no podrían considerarse como tortura”.

y se han utilizado las facultades jurisdiccionales en exceso por parte de las comunidades indígenas.

También presenta influjo doctrinal de los siguientes autores: Manuel José Cepeda, José Antonio Obieta Chalbaud, Abdullahi Ahmed An-na'im, Richard Falk y Frédérick Sudre.

l. Sentencia T-1736 de 2000 (Extradición y debido proceso) y Sentencia C-212 de 2001 (Extinción de dominio y debido proceso)

Dos sentencias caracterizadas por la tendencia a la cocitación, esto es, a la revisión y reiteración de los fallos y pronunciamientos de la misma Corte, a manera de línea jurisprudencial.

m. Sentencia C-083 de 1995. Las fuentes del derecho y la Constitución de 1991. Salvamento de voto: Sentencia C-486 de 1993. La costumbre y Sentencia C-651 de 1997. Ignorancia de ley

Sentencias importantes para observar la presencia de la escuela positivista en el autor. Circulan los siguientes doctrinantes: Kelsen, Savigny, Eduardo García Maynez, Joaquín Arce y Flórez-Valdés, Carlos Cossio, Genaro Carrió, Ronald M. Dwoking, Hernán Valencia Restrepo, Thibaut, Burke y Hart. Se cierra este análisis con algunas frases textuales que corroboran sus enfoques sobre el derecho, conceptos y alcances: “¿Hay lagunas en el ordenamiento? En el derecho no hay lagunas porque hay jueces”,⁴⁵ “lo que sí es claro es que, ineludiblemente, en ciertas situaciones límites, un margen de arbitrio judicial resulta inevitable”,⁴⁶ “la consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual”,⁴⁷ “la analogía no constituye una fuente autónoma diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley”,⁴⁸ “la doctrina constitucional en el campo interpretativo es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea

⁴⁵ *Ibid.* p. 408.

⁴⁶ *Ibid.* p. 409.

⁴⁷ *Ibid.* p. 411.

⁴⁸ *Ibid.*

como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia constitución –ley suprema–, la que se aplica”,⁴⁹ “Es la legislación la que puede responder de forma ágil y oportunamente a las necesidades sociales nuevas”,⁵⁰ y finalmente, esta frase sobre el tema de la ignorancia de la ley: “... no puede argüirse razonablemente que quienes carecen de educación o tienen dificultades para conocer la ley se encuentran imposibilitados para conocer su deberes esenciales y por tanto deben ser relevados de cumplirlos”.⁵¹

5. Autores, tendencias y enfoques de las “Sentencias herejes”

Más de 120 autores de diversa procedencia y disciplinas científicas son citados por Carlos Gaviria en las denominadas “Sentencias herejes”. Sin duda, este dato demuestra su excelsa formación de abogado y humanista. De hecho, proviene de una época de profunda formación, no solamente en manuales de derecho, sino en tratados, dogmática, escuelas filosóficas, lógica, historia, economía y política. Sus sentencias hacen alarde de sus largas horas de lecturas de derecho, pero también de filosofía, historia e incluso psicoanálisis. Por ello, no sorprende encontrar en estos escritos alusiones a los filósofos griegos, en donde va y vuelve siempre en su juego hermenéutico, por supuesto, también a autores modernos y contemporáneos. Incluso sus textos van más allá del análisis del derecho cuando usa figuras literarias, mitología, además de los ya nombrados estudios antropológicos, genéticos y psiquiátricos que fueron fundamentales para soportar el concepto de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, tan relacionados con su “filosofía práctica liberal”.

La siguiente figura resalta los autores más citados en sus fallos, salvamentos o proyectos frustrados de sentencias. De este selecto grupo, a su vez, los más citados son: José María Samper, Kant, Fuller, Hart y Carlos Cossio.

⁴⁹ *Ibíd.* p. 413.

⁵⁰ *Ibíd.* p. 429.

⁵¹ *Ibíd.* p. 440.

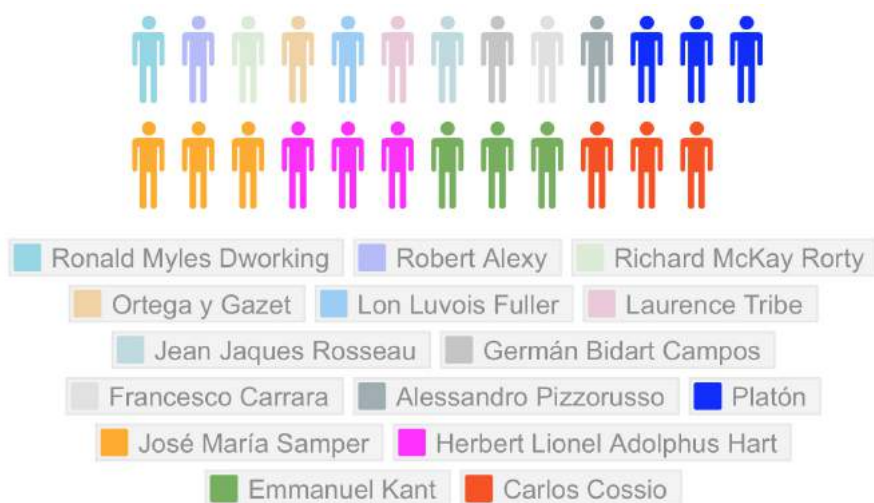


Figura 2. Autores más Citados

Fuente propia.

En los documentos objeto del presente artículo, cita de manera preferencial a autores colombianos (18,33%). También se observa marcada influencia del pensamiento norteamericano (17,5%) en la construcción de sentencias colombianas, a pesar de pertenecer a una familia jurídica distinta. Sin duda, la escuela anglosajona ha sido definitiva en asuntos dogmáticos y orgánicos de conocimiento de la Corte Constitucional, el caso de la sentencia de la “inviolabilidad parlamentaria” refleja este acercamiento entre dos enfoques del derecho que hacen sinergia en pleno desarrollo de la fase neoconstitucional en Colombia. Le siguen autores alemanes (10,83 %), del Reino Unido (8,33 %), españoles (7,5 %), franceses (7,5 %), argentinos (5 %), italianos (5 %), mejicanos (3,33 %), griegos (2,5 %), austriacos (1,67 %), peruanos (1,67 %), húngaros (0,83 %), polacos (0,83 %), portugueses (0,83 %), rusos (0,83 %), yugoslavos (0,83 %) y suizos (0,83 %).

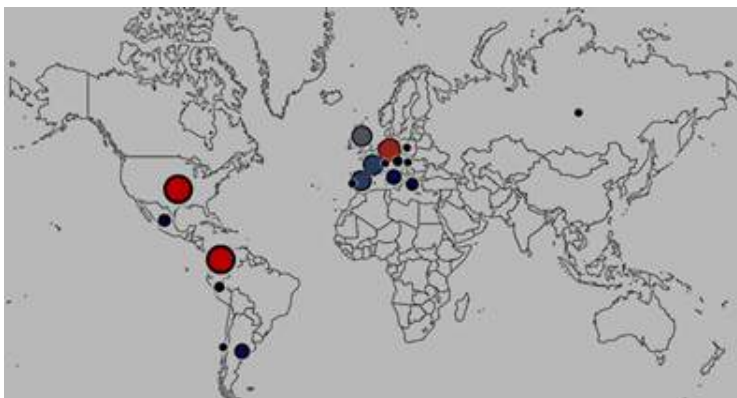


Figura 3. Autores más Citados

Fuente propia.

Sin embargo, en el universo de aproximadamente 580 sentencias, en las que funge Carlos Gaviria como magistrado ponente, aunque prima nuevamente la citación de autores colombianos, le sigue la marcada influencia francesa, española y argentina, en igualdad de condiciones. Luego aparecen los autores italianos, alemanes y de Estados Unidos. Este dato, muy a tono con la influencia doctrinal que ha tenido Francia y España en la construcción del Derecho en Colombia, al igual que el prestigio de los autores argentinos en América Latina. Sin embargo, dicha influencia fue avasallada por la importancia dada tanto a autores como fallos de tribunales norteamericanos en las denominadas “Sentencias herejes”.

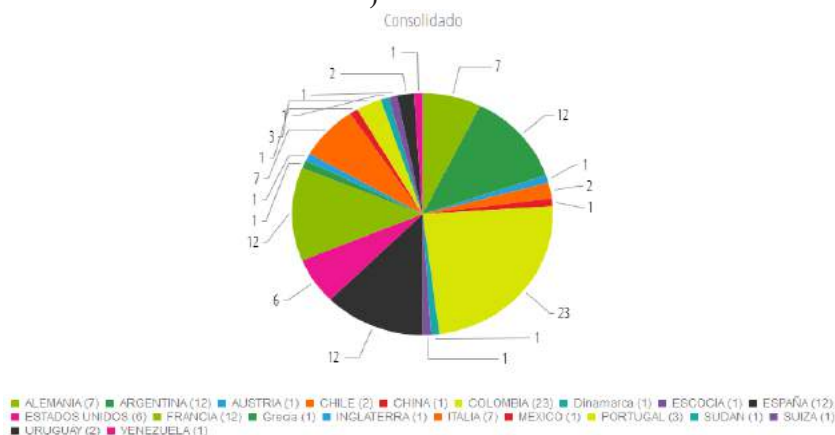


Figura 4. Países de autores citados por el universo de las sentencias de Carlos Gaviria

Fuente propia.

La siguiente gráfica refleja que los autores europeos siguen siendo los más citados en las sentencias objeto de estudio.

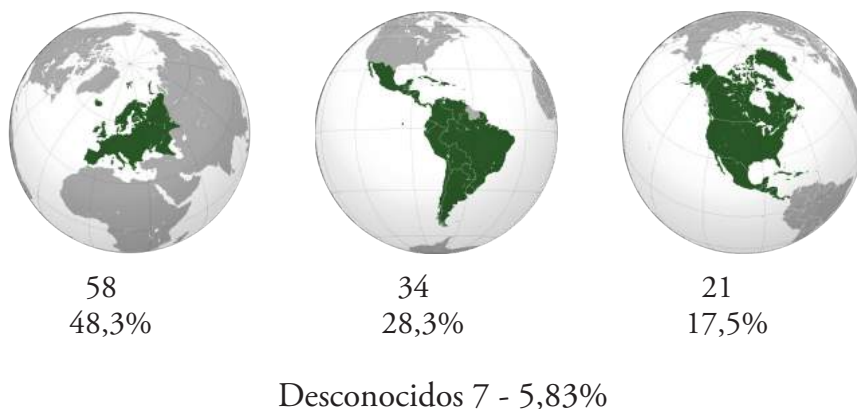


Figura 5. Origen de los autores por continente

Fuente propia.

De igual forma, se pudo corroborar que Carlos Gaviria cita autores de la Edad Antigua y la Edad Media, pero, sin duda, fue un hombre moderno en todo el sentido filosófico de la palabra, y actualizado, conforme a los autores y a las tendencias contemporáneas del derecho, tal como se observa en la siguiente figura:



Figura 6. Época de autores más citados

Fuente propia.

En cuanto a la procedencia disciplinar de los autores citados en las “Sentencias herejes”, un tercio proviene del mundo de los abogados y dos tercios provienen de otras profesiones. Este dato refleja el nivel de importancia e interrelación que ha tenido la Corte Constitucional con diversas áreas del conocimiento para efectos de resolver tanto los asuntos de constitucionalidad como los referidos a tutela. Asimismo, sorprende la variedad de profesiones de los autores citados o consultados, de manera especial, predominan los abogados (doctrinantes) con un 33,33% y filósofos con un 20,83 %. Le siguen diversas profesiones en igualdad o similitud de porcentajes. Es importante señalar que para efectos prácticos del presente estudio se tomó como profesión la primera o más relevante que aparece en la biografía de los autores citados, tal como se refleja en la siguiente gráfica:

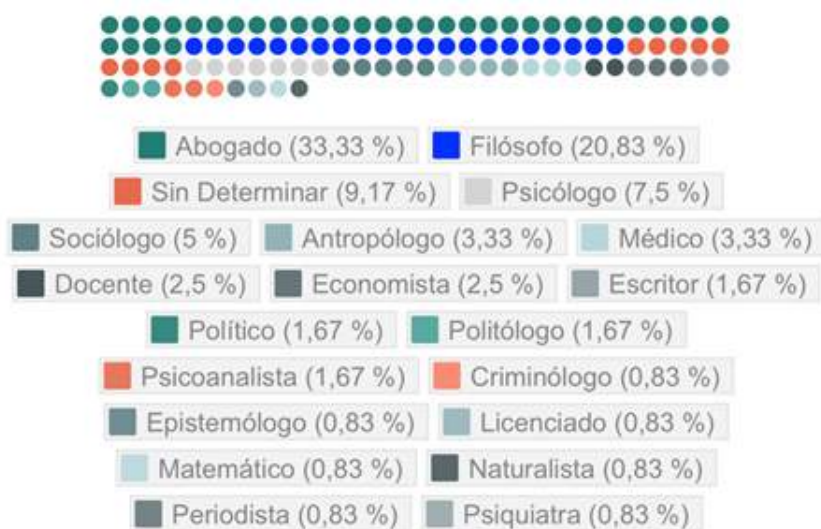


Figura 7. Autores más citados por profesiones

Fuente propia.

Así como la segunda Corte Constitucional no tuvo presencia femenina, sorprenden las bajas cifras de citación de mujeres en las “sentencias herejes”. La misma tendencia se puede observar en el universo de sentencias en donde funge como magistrado ponente Carlos Gaviria, así como en el universo de sentencias de la Corte

Constitucional, analizadas a la fecha por la presente investigación, tal como se mostrará en las tres gráficas que siguen:

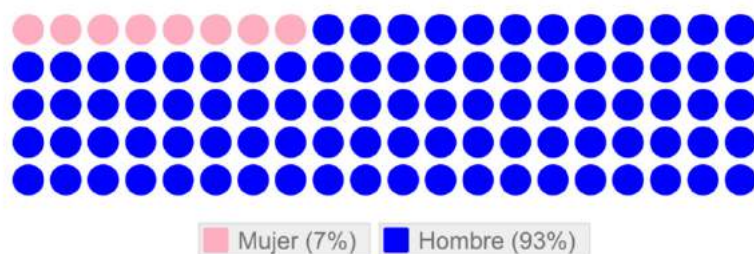


Figura 8. Autores por género

Fuente propia.

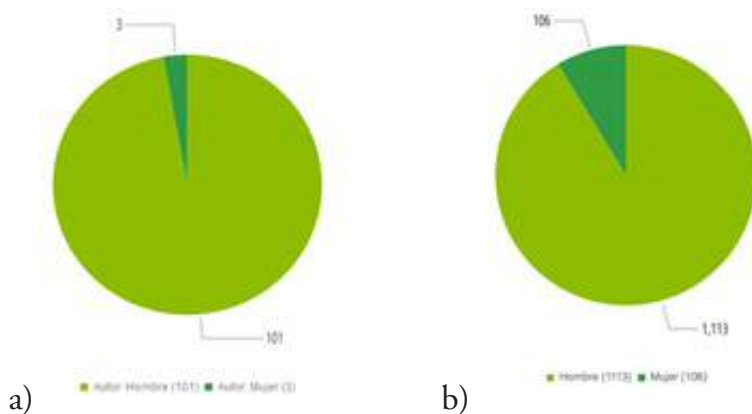


Figura 9. a) Datos de género del universo de sentencias del magistrado Carlos Gaviria que coinciden con la tendencia de citación en las “Sentencias herejes”. b) Datos del universo de sentencias estudiados a la fecha en el proyecto: “La circulación de la doctrina en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana”. La tendencia de baja citación de autoras mujeres se mantiene.

Fuente propia.

6. ENTREVISTA REALIZADA AL JURISTA CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Datos generales

Estudios: “Doctor en Derecho y Ciencia Política – Universidad de Antioquia (1965)”

Otros: “Estuve un año en la Universidad de Harvard sin que hubiera tomado cursos apuntando a la obtención de ningún título”.

Idiomas que domina: “Leo perfectamente inglés, francés, y menos bien alemán”.

Área del derecho en la cual tiene énfasis: “Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho e Introducción al Derecho”.

Experiencia académica y/o profesional en el extranjero: “He sido profesor invitado en distintas universidades europeas, norteamericanas y latinoamericanas”.

Ejerce como doctrinante (obras): “Tengo un libro publicado por el Fondo de Cultura Económica que recoge la que yo considero ponencias más importantes que yo redacté en la Corte, y algunos salvamentos de voto. Tengo un pequeño libro de cuatro temas de introducción al derecho, publicado en Medellín por Señal Editora. Recientemente publiqué un librito con la Editorial Luna Libros, que se llama *Mito o Logos hacia La República de Platón*”.

Preguntas:

1) ¿En su criterio, cuáles son las sentencias emitidas por la Corte Constitucional que han marcado la historia del derecho colombiano?

R. “Es difícil recordarlas de memoria, pero pienso en algunas muy importantes. Hago memoria cronológica digamos. Me parece muy importante la sentencia de la Corte que declaró inconstitucionales muchos artículos del Concordato porque se trataba de saber si la Corte tenía o no competencia para revisar la constitucionalidad de tratados públicos, y allí la Corte dijo que sí y declaró varias de esas disposiciones inconstitucionales. Yo todavía no hacía parte de la Corte porque eso fue en 1992 en una Corte, digamos transitoria, que existió de 1992 a 1993, el ponente de la Sentencia no recuerdo si fue el doctor Jaime Sanin o Simón Rodríguez, recuerdo que hay un salvamento de voto muy extenso del doctor José Gregorio Hernández.

Me parece de gran importancia una sentencia de la que yo fui ponente sobre la penalización del consumo y porte de la dosis personal de droga”.

2) ¿Cree usted que es necesario hacer referencias a textos doctrinales para soportar los argumentos y las decisiones de las sentencias de la Corte Constitucional?

R. “No me parece. Incluso, considero que nosotros hemos incurrido -cuando digo nosotros es porque yo hice parte de la Corte- en una tendencia equivocada: pensar que una sentencia es igual a un tratado de derecho. A mí me parece que debe ser al revés, cuando la Corte toma alguna decisión y la decisión es buena, esa decisión debe ser fuente de doctrina, es decir, deben ser los doctrinantes quienes asuman las tesis de la Corte, y no al revés: la Corte asumir tesis de doctrinantes”.

3) ¿Se puede afirmar que la Corte Constitucional sigue una corriente jurídica preferente?

R. “No, de ninguna manera. La Corte siempre ha sido muy pluralista, hablo de mi experiencia, y naturalmente también de los integrantes de la Corte después de que yo terminé mi período, me parece que hay un gran pluralismo no solo en relación con las posiciones políticas e ideológicas de los magistrados, sino también en la adscripción a escuelas jurídicas: iusnaturalismo, positivismo jurídico, dentro de ellos las distintas tendencias, y me parece que en las sentencias de la Corte lo que se puede advertir es un intercambio de apreciaciones desde distintas perspectivas filosóficas”.

4) Hemos encontrado a lo largo de la investigación que la primera Corte Constitucional citaba doctrina en mayor medida que las siguientes cortes. En su opinión personal, ¿a qué hecho atribuye esa circunstancia?

R. “En primer lugar voy a hacer una observación que incluso no es mía, sino de un distinguido egresado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, a quien yo aprecio mucho: el doctor Álvaro Tafur. Él decía que era un error hablar de varias cortes,

Corte Constitucional no ha habido sino una, otra cosa es que sus integrantes o la composición de la Corte varíe, pero la Corte es una sola y hoy sigue siendo la misma Corte Constitucional que existía cuando yo pertenecía a ella o cuando luego el doctor Tafur se incorporó a ella. De modo que lo que entiendo es que se refieren a la primera etapa de la Corte y, en este caso, hay que despejar un equívoco: el primer periodo fue un año transitorio. En efecto, cuando la Corte entró a funcionar ya con sus titulares elegidos por los organismos que la propia Constitución establece por ocho años es un periodo distinto.

Yo pienso que obedece a varios motivos. Yo no he hecho ese test de verificación para saber si los primeros magistrados citaban o no más doctrina, pero yo veo que hay dos razones: primero, la Corte se estaba estrenando, y yo pienso que es muy posible que haya conductas propias de quienes se inician en una actividad; en segundo lugar, pienso que esa Corte contenía magistrados que provenían de las distintas universidades, de la academia, que venían de enseñar derecho. Naturalmente, quienes hemos dedicado la vida a la enseñanza del derecho tenemos mucho más presente la doctrina, tenemos mucha más tendencia a teorizar y a fundamentar nuestros argumentos en autores que conocemos o hemos leído. Creo que esto habría que verificarlo porque no respondo por la circunstancia de que en este momento las cosas sigan siendo así, o si han variado, pero lo que sí tengo presente y lo he expuesto a lo largo de muchas discusiones que he tenido ocasión de hacer sobre la jurisprudencia de la Corte, la Corte a la que yo pertenecí tenía un buen número de magistrados que proveníamos de las universidades”.

5) Hemos encontrado a lo largo de la investigación que la Corte Constitucional en su primera etapa cita más doctrina en sentencias de inconstitucionalidad respecto de las sentencias de tutela ¿Por qué razón cree usted que se presenta dicha circunstancia?

R. “Yo pienso que las sentencias de constitucionalidad generalmente eran sentencias más extensas que las de tutela, y algo más, se les daba más trascendencia teórica a las sentencias de constitucionalidad que a las sentencias de tutela, entonces se

pensaba que se estaba creando más antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios cuando se resolvía un asunto en una demanda de inconstitucionalidad que cuando se trataba de la protección de los derechos de una o varias personas”.

6) ¿A qué atribuye usted el hecho de que los textos consultados por la Corte Constitucional para elaborar sus sentencias correspondan casi en su totalidad a libros, y no a revistas jurídicas o textos especializados?

R. “Muy buena pregunta. Yo creo que nosotros los colombianos y específicamente los juristas, hemos tenido más hábito de leer libros que revistas. Solo actualmente o recientemente nos hemos acostumbrado a leer revistas y hemos entendido la importancia de leerlas. En otras disciplinas no ocurre el mismo fenómeno. Yo tengo, por ejemplo, amigos que son profesores de matemáticas o de física y, naturalmente, las publicaciones en revistas de orden científico son consultadas. Nosotros hemos cultivado el hábito de los libros, y solo recientemente -es muy posible que esté hablando de mi experiencia- hemos empezado a valorar las publicaciones de revistas de muy buena calidad”.

7) Encontramos que la nacionalidad de los autores más citados por la Corte Constitucional en sus sentencias es la colombiana, ¿a qué atribuye este hecho?

R. “Me parece que, si eso es así, se debe a que sencillamente los doctrinantes más conocidos para los magistrados han sido doctrinantes colombianos. Yo creo que si ustedes analizan las sentencias que fueron aprobadas con base en ponencias mías, ese fenómeno no ocurre; yo he conocido más doctrinantes extranjeros que colombianos, y he leído más doctrinantes extranjeros que colombianos, pero me parece que es muy normal el fenómeno contrario, que lo que más se conoce es lo que se tiene más a mano, por lo tanto la doctrina contenida en libros de autores colombianos”.

8) ¿Considera usted que la Corte Constitucional al elaborar sus sentencias apela al derecho comparado y a la doctrina extranjera?

R. “Yo pienso que ha habido aportes importantes, especialmente de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional Español y por el Tribunal Constitucional Alemán, que eran dos tribunales de creación relativamente reciente con decisiones a menudo muy consultadas, de modo que pienso que en materia de derecho comparado las fuentes más importantes eran decisiones judiciales, y se me ocurre que especialmente de esos dos tribunales aun cuando también del Consejo de Estado Francés, y también de la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero pienso que en materia de derecho comparado las fuentes más importantes son esas que les señalo, y también autores de derecho constitucional de esas nacionalidades. Algo más, un fenómeno muy importante que vale la pena subrayar es que con la Constitución de 1991 se volvió la mirada a una fuente del derecho muy olvidada que era el derecho anglosajón; hasta 1991 creo que en Colombia lo que los profesores y los magistrados más citaban era jurisprudencia francesa, autores franceses si se trataba de derecho civil, o autores italianos y alemanes si se trataba, por ejemplo, de derecho penal o de derecho mercantil, pero, a propósito del viraje que se dio en la Constitución de 1991, se entró en diálogo con el sistema anglosajón, que era un sistema para nosotros bastante marginal”.

9) La investigación ha arrojado datos con los que se evidencia la reiterada citación de autores extranjeros, en el siguiente orden: españoles, franceses, estadounidenses, argentinos, alemanes e italianos ¿Cómo valora este indicador y qué importancia tiene para la justicia constitucional este hecho?

R. “Yo creo que eso obedece mucho a las preferencias de cada magistrado y a su conocimiento. La filosofía jurídica en la que se haya formado, su ejercicio profesional anterior o el ejercicio de la cátedra, los autores de su preferencia, los doctrinantes más afines a su modo de pensar, no veo ninguna otra razón”.

10) ¿Cuál considera que fue el proceso para empezar a adoptar en las sentencias de la Corte Constitucional planteamientos de autores que pertenecen a una tradición jurídica distinta a la del derecho Colombiano, es decir, autores pertenecientes a la escuela anglosajona?

R. “Importante el asunto. Yo creo que la misma Constitución de 1991 invita a hacer el diálogo con el sistema anglosajón. Yo creo que el sistema de Europa continental del que nosotros hemos sido tributarios más claramente y el sistema anglosajón durante un buen tiempo permanecieron aislados; cada uno monologaba sus propias tesis sobre sus propios presupuestos, pero sin entrar en diálogo con el otro sistema. Me parece que a través de la Constitución colombiana de 1991 ya se empieza a hablar de antecedentes judiciales, además de poner en tela de juicio la costumbre. Entonces hay sentencias incluso de las que yo fui ponente donde se cuestionaba si la costumbre tenía o no vigencia bajo la constitución de 1991, y al considerar problemas de esa naturaleza es necesario e indispensable hacer referencia a un sistema como el anglosajón. A mi juicio, uno de los factores positivos de la Constitución colombiana de 1991 es que da espacio para que se empiece a conocer y a tomar en cuenta un sistema tan importante como el anglosajón, que ordinariamente no era muy importante en la doctrina y en la jurisprudencia colombiana”.

11) ¿Cuál es su opinión respecto a la citación explícita de doctrina en las sentencias de la Corte Constitucional?

R. “Pienso que hay muchos hábitos que delatan novatadas, le cito varias, por ejemplo: nuestras sentencias son muy extensas, las sentencias del tribunal español o el tribunal alemán no suelen serlo. Creo que ese hábito obedece a otro factor: el hecho de que muchos magistrados hemos provenido de las universidades, y la mentalidad escolar nuestra ha consistido en que a propósito de un tema hay que agotarlo, y hay que mostrar todos los fundamentos que se tienen para sustentar una tesis. Eso es equivocado tratándose de un cuerpo decisorio, de una instancia decisoria como la Corte Constitucional debería razonar de una manera muy concreta”.

12) En ordenamientos jurídicos como el francés o italiano no le es permitido a los magistrados citar doctrina en su jurisprudencia. ¿Qué opinión le merece esto?

R. “Tal como lo he dicho, no soy muy partidario de que la Corte apele mucho a tesis de doctrinantes, pero tampoco creo que se deba prohibir, no estoy de acuerdo con la prohibición, yo soy muy poco prohibicionista. Qué haya libertad de los magistrados, pero me parece que lo más sano y lo más correcto es prescindir de citas de autores”.

13) ¿Cuál es su opinión acerca de la debida extensión o número de páginas que debe tener un fallo de la Corte Constitucional?

R. “Me parece que nosotros hemos incurrido en yerros de esa naturaleza: se vuelve fatigosa la lectura de una sentencia de la Corte cuando es muy extensa, y además una vez más pongo de presente el hábito muy escolar de agotar un tema y de tratarlo exhaustivamente, cuando esa no es la tarea de un juez. La tarea de un juez es dar unos argumentos sólidos para sostener o apoyar una decisión. Ojalá con el tiempo ese asunto se vaya decantando y lleguemos a sentencias mucho más breves. Yo no anticiparía un número de páginas, pero me parece que entre 10 y 20 está bien; nosotros tenemos salvamentos de voto de 400 páginas, eso es increíble, es inconcebible, y es contraproducente porque eso desestimula la lectura de la jurisprudencia de la Corte.

Les cuento una anécdota personal, y es esta: el presidente en ese momento del Tribunal Constitucional Español, cuando se dictó la sentencia de la que yo fui ponente de la despenalización del porte y consumo de la dosis personal, me dijo una vez que lo encontré en Madrid “me gustó mucho la decisión, pero ¿por qué tan larga?” Y esa no es una de las decisiones más largas de la Corte, tiene unas 20 páginas, él me dijo “demasiado larga, nosotros fallamos en menos espacio” y me parece que eso es correcto: yo pienso que debemos ir madurando, porque nosotros somos todavía muy recién llegados especialmente a la jurisprudencia constitucional dictada por un tribunal de la misma clase. Pero es muy cierto, hay una sentencia donde se trata un tema sobre la colisión entre el principio de libertad religiosa y la protección a la existencia de una comunidad indígena; se trataba de una secta protestante que hacía proselitismo en la comunidad Arhuaca, y ellos se oponían a ese proselitismo diciendo que eso iba en contra

de su cultura y en razón a que la Constitución colombiana en el artículo 70 exhortaba a mantener la cultura de las comunidades indígenas, al final, la Corte les dio la razón y dijo que tenían todo el derecho a no permitir que hubiera allí proselitismo religioso, pero lo dijo en una sentencia demasiado extensa donde se apela incluso a los orígenes de la reforma protestante, la de Calvino, la de Lutero, etc, entonces eso es completamente impertinente, porque si alguien tiene interés en conocer la reforma protestante no apela a la sentencia de ningún tribunal, sino a un buen libro de historia religiosa donde se trate la reforma protestante. De modo que es esa necesidad de hablar o de demostrar que sabemos mucho y agotamos exhaustivamente un tema, me parece que es impertinente en la judicatura”.

14) Con la investigación hemos encontrado citas esenciales y no esenciales que forman parte de los argumentos que reposan en los fallos de la Corte Constitucional, ¿considera usted que la inclusión de las citas no esenciales es fundamental para la creación de pronunciamientos de la Corte Constitucional?

R. “No, me parece que no. Se puede verificar dentro de la jurisprudencia de la Corte un hábito nuestro que es incluso peligroso y es el siguiente: en muchas sentencias y en muchos salvamentos de voto se citan encíclicas, se citan bulas del papa, etcétera, entonces como quien dice desorientando la opinión en el sentido de que si estamos en un Estado pluralista y en un Estado laico, las opiniones religiosas no deberían ser tomadas en cuenta por la Corte para sustentar sus fallos. Eso hace parte del mismo hábito y naturalmente no debe haber citas que no sean esenciales, es más, las citas esenciales deben ser excepcionales”.

7. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Tal como se anotó anteriormente, la citación en sus fallos ha sido una constante de la Corte Constitucional colombiana. Las citas se realizan sobre sentencias de otros tribunales mundiales, sentencias inter tribunales, sentencias del mismo tribunal, documentos institucionales, estudios, informes científicos, libros, capítulos de libros, artículos

científicos y no científicos, manuales, tratados, etc. Conforme con el tema a desarrollar, se acude a libros o a autores de diversas perspectivas disciplinarias para soportar o argumentar la posición de la Corte. Si bien, los autores de derecho pueden ser definitivos o los grandes orientadores de las posiciones finales a adoptar por parte de la Corte Constitucional, también es cierto que los fallos se soportan en otras disciplinas de las ciencias sociales, e incluso en el mundo de las ciencias naturales.

También es importante señalar que la forma de citar no ha sido pacífica ni unificada. Incluso varias menciones de autores no se reflejan en la citación o referencias finales que aparecen en las sentencias. Al parecer, destellos de luz que se insertan en los textos y luego se dejan sin el soporte referencial debido.

Las “sentencias herejes”, en su mayoría dedicadas a temas complejos y polémicos, se caracterizan por el uso significativo de citas tanto de la doctrina como de diversas publicaciones científicas o académicas. De hecho, tal como se señaló anteriormente, priman las citaciones de textos ajenos al mundo del derecho para efectos de argumentar los principios básicos sobre los cuales soportó Carlos Gaviria su tendencia liberal, esto es, la dignidad, autonomía, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.

Las sentencias analizadas presentan, en su mayoría, estudios a fondo sobre los temas a abordar. Si bien, no son tan extensas como los fallos “exhaustivos” que surgirán en el seno de la “tercera Corte Constitucional”, también es cierto que se convierten en textos de consulta por el desarrollo dogmático y amplio de diversos asuntos, a veces a manera de libros o de textos especializados. También se caracterizan por el inicio de la tendencia a la cocitación y el reconocimiento de líneas jurisprudenciales, fundamentales para la hoy consolidada teoría del precedente constitucional en Colombia.

Se reiteran varios autores en dichos pronunciamientos jurisprudenciales, de manera especial, se resaltan: José María Samper, Kant, Fuller, Hart y Carlos Cossio. Estos nombres, más otros destacados en el presente artículo, aparecen una y otra vez en los

textos proyectados por el magistrado. Esto significa que a pesar de su erudición y de su vasta formación literaria, siempre hay unos autores que determinan o marcan la tendencia filosófica de los abogados y, en este caso concreto, de los operadores jurídicos.

La influencia colombiana tanto doctrinal como de los diversos estudios que soportaron los fallos está presente de forma significativa. Sin duda, la doctrina colombiana es prestigiosa y altamente citada por el Alto Tribunal. Sin embargo, llama la atención que en los temas concretos, objeto de las “sentencias herejes”, el dominio doctrinal norteamericano fue definitivo, e incluso mayor que la tradicional marca jurídica francesa y española. Aun así, la suma de los autores europeos es relevante a la hora de acumular los países de origen de la doctrina que invoca permanentemente el magistrado.

Autores de todas las épocas están invocados en las “sentencias herejes”, pero, especialmente, pervive la modernidad y todos aquellos contemporáneos que han transformado la hermenéutica constitucional.

Finalmente, se echa de menos la doctrina y la citación de obras elaboradas por mujeres. El número es realmente irrisorio, frente a una disciplina que en Colombia presenta en la actualidad más mujeres que hombres, pero que se sigue escribiendo y legitimando desde la óptica masculina.

CAPÍTULO 8

*EL ORIGEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991**

William Guillermo Jiménez**

1. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL ORIGEN DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE EN 1991

La Constitución de 1991 es el resultado de un proceso paralelo de apertura política y de crisis institucional a la vez. El primero, se enmarca dentro de los procesos latinoamericanos de caída de regímenes autoritarios y de transición hacia la democracia ocurridos durante los años ochenta (Argentina, Chile, Paraguay, entre otros) que, tardíamente, llegan a nuestro país en donde si bien, no había una dictadura militar, se caracterizaba por ser un régimen político cerrado y excluyente como consecuencia de la tradición del Frente Nacional. El segundo proceso se caracteriza por la violencia política,

* El presente trabajo es un producto del proyecto de investigación “La Corte Constitucional y sus magistrados. 25 años de desarrollo constitucional colombiano para el mundo”, Grupo de Investigación “Estado, Derecho y Territorio”, Universidad Libre, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas. Auxiliares de investigación: Rocío del Pilar Mora, Yury Paola Flórez, Wendy Gissel Jiménez y Vannesa Bello Torres.

** Profesor titular Universidad Libre y Escuela Superior de Administración Pública. Par evaluador de Colciencias y director del proyecto mencionado. E-mail: willjime@esap.edu.co, gjimen00@gmail.com

las guerrillas, el centralismo e ineficacia del Estado y la arremetida del narcotráfico organizado que pusieron en “jaque” al Estado de derecho colombiano durante la segunda mitad de los años ochenta y comienzos de los noventa; en efecto, la guerra declarada contra las mafias del narcotráfico causaron el asesinato de un ministro de justicia, de magistrados y jueces de la república, de policías y de líderes políticos y sociales, esto, sin contar con las amenazas y atentados terroristas que causaron pánico y zozobra entre los colombianos.

La aparición de la Asamblea Nacional Constituyente –ANC– contiene dos paradojas: 1) Nació a la vida jurídica mediante un decreto de estado de sitio, norma excepcional y aborrecible que había sido usada de manera abusiva y frecuente para limitar el ejercicio de los derechos y libertades; uno de los mayores clamores era, precisamente, limitar o eliminar esta figura jurídica. 2) Se conformó y votó para ser un poder constituido (Asamblea Constitucional), pero, una vez reunida, se proclamó como un poder constituyente (Asamblea Constituyente).

Hubo antecedentes cercanos sobre la convocatoria a una asamblea constituyente. Si bien, en el Plebiscito de 1957 (que dio soporte jurídico al Frente Nacional) se aprobó que únicamente sería el Congreso de la República el órgano que podría reformar la Constitución, veinte años después, en 1977 bajo el gobierno de López Michelsen, se consideró que el final del Frente Nacional requería introducir importantes cambios y se propuso, entonces, una reforma constitucional (llamada “Pequeña constituyente”) en la cual se aprobó convocar a una asamblea constitucional; esta reforma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en 1978. A continuación, los hechos cercanos que originaron la convocatoria a la ANC.

En 1989 se “hunde” en el Congreso de la República un proyecto de reforma constitucional propuesta por el gobierno de Virgilio Barco, causando desesperanza por la demora en los cambios, pero, a la vez, genera conciencia sobre la necesidad de emprender un cambio fundamental. En agosto de ese mismo año es asesinado en Soacha el líder liberal Luis Carlos Galán, el más serio candidato a ser futuro presidente y quien se había caracterizado por su lucha frontal contra la intromisión del narcotráfico en la política; igual suerte corrieron

más tarde los candidatos presidenciales de la UP: Bernardo Jaramillo Ossa, y del M-19: Carlos Pizarro, muertos en marzo y abril de 1990, respectivamente.

Ante esta situación, aparece un movimiento de jóvenes universitarios que proponían una consulta al pueblo para pedir una reforma constitucional vía asamblea constitucional, y que pudiera realizarse en las elecciones más cercanas; apareció así, el llamado “Movimiento de la Séptima Papeleta”. Su nombre se debe al hecho de que en ese entonces se depositaba el voto mediante una papeleta (pues no existían los tarjetones electorales de hoy, y por cada cargo o voto era necesario depositar una papeleta). Las elecciones más cercanas eran las del 11 de marzo de 1990, en las cuales se debían introducir seis papeletas de rigor: una primera para Senado, la segunda para Cámara de Representantes, la tercera para Asamblea Departamental, la cuarta para Alcalde, la quinta para Concejo y la sexta para la consulta del candidato liberal a la Presidencia; la “séptima papeleta” hacía referencia al voto de consulta, no obligatorio, que podía depositar cualquier ciudadano si estaba de acuerdo con la propuesta. La Registraduría Nacional autorizó a los jurados la contabilización de tales papeletas, si bien, los resultados no tenían ningún efecto vinculante. Se obtuvieron dos millones de votos como apoyo.

Con este respaldo, el Gobierno nacional de Virgilio Barco expidió el Decreto 927 de 3 de mayo de 1990, mediante el cual facultaba a la Registraduría Nacional para contabilizar los votos de la “séptima papeleta” que se volvieron a realizar en las elecciones presidenciales del 27 de mayo; en esa ocasión se obtuvo el 88% de respaldo de una votación de aproximadamente cinco millones. Con estos resultados, la convocatoria a una asamblea constitucional se convirtió en un mandato ciudadano para el nuevo Gobierno de César Gaviria Trujillo, quien, como relevo del inmolado líder liberal Luis Carlos Galán, asumió una decidida postura de apoyo a las reformas que se necesitaban.

El 2 de agosto de 1990 se realizó el “Acuerdo Político” entre el Gobierno, el Partido Liberal, el Conservador, el Movimiento de Salvación Nacional y el M-19. El objetivo fue definir la convocatoria para la Asamblea Constitucional, así como un temario que limitaría

las competencias de la futura Asamblea. El presidente César Gaviria, en uso de la figura del estado de sitio, expidió el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990, mediante el cual llamó a elecciones para convocar e integrar una “Asamblea Constitucional” que sesionaría entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991.

La Corte Suprema de Justicia realizó el respectivo control de constitucionalidad y, contrario a sus precedentes en la materia (que la Constitución solo podría ser reformada por el Congreso), encontró ajustado el texto a la Carta entonces vigente en fallo eminentemente político. Dijo, entonces, la Corte: “Así pues, tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del Plebiscito del 1° de diciembre de 1957, sino tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevará a la paz, no puede la Corte cerrar esta posibilidad”;¹ pero, además, declaró inconstitucional el temario del acuerdo político que limitaba las facultades del futuro órgano. Entonces, no había materias o asuntos vedados para la reforma constitucional.

Las elecciones se realizaron el 09 de diciembre de 1990, mediante las cuales se eligieron los 70 delegatarios según la siguiente participación: Partido Liberal 35.7% (25 constituyentes); Movimiento AD M-19 27.1% (19); Movimiento de Salvación Nacional 15.7% (11); Partido Conservador 7.1% (5); Conservadores Independientes 5.7% (4); Unión Patriótica 2.9% (2); Indígenas 2.9% (2); Cristianos 2.9% (2); además, se dio participación a 4 constituyentes como fruto de los acuerdos de paz: 2 del EPL con voz y voto, 1 del PRT y 1 del Quintín Lame, estos últimos con voz pero sin voto.

La ANC se instaló el 05 de febrero de 1991 y sesionó hasta el 04 de julio de 1991 en las instalaciones del Centro de Convenciones Gonzalo Jiménez de Quezada. Se organizó en 5 comisiones y con tres presidentes. Una vez entró a sesionar, y como fruto de las discusiones, se

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 138 de 09 de octubre de 1990, Ms.Ps. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

declaró “poder constituyente”, con poder omnímodo y omnipotente, declarando que sus actos no estaban sujetos a control jurisdiccional alguno;² una de las consecuencias fue cerrar el Congreso elegido para el periodo 1990 a 1994, pues, como se sabe, el poder constituyente es único, soberano, indivisible, imprescriptible, inalienable, determinante, fáctico y creador. La característica de ser poder “único” no permite que haya simultáneamente otro poder constituyente, así sea este derivado.

Según el Reglamento de la ANC de 1991, los proyectos se presentaban ante el secretario de la ANC, quien los repartía a la respectiva comisión. El plazo para radicar proyectos reformativos de la Constitución era hasta el 08 de marzo de 1991; después de esto, el respectivo presidente de Comisión nombraba uno a varios ponentes (según complejidad), quienes disponían de 10 o 20 días para rendir el respectivo informe. Se contemplaba el trabajo en sesiones conjuntas, pero, en todo caso, el trabajo en comisiones terminaba el 15 de mayo. El informe debía ser aprobado en la comisión para poder pasar al primer debate en la plenaria de la ANC. Una vez aprobado, pasaría a segundo debate y aprobación final.

En conclusión, eran tres debates en realidad: uno en comisiones y dos en plenaria.³ Los proyectos para primer debate en plenaria deberían ser debatidos y votados antes del 31 de mayo; los textos aprobados pasaban a una comisión especial redactora que elaboraba la ponencia para segundo debate, la cual debía ser entregada antes del 5 de junio y aprobada antes del 30 de junio. Posteriormente seguía el trabajo de redacción final.

2. PROYECTOS DE REFORMA QUE PROPONÍAN LA CREACIÓN DE UNA CORTE CONSTITUCIONAL

A continuación se realiza una presentación de los diversos proyectos de reforma de la Constitución, en los cuales se hace alusión directa

² Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 92, Acto Constituyente No. 1 de mayo de 1991, Acta de Sesión Plenaria, 9 de mayo de 1991. pp. 12 y siguientes.

³ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 13 “Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente”, 1 de marzo de 1991, el reglamento estaba contenido en 71 artículos.

a la creación de una Corte Constitucional;⁴ en este sentido, no se considerarán proyectos en los cuales se propone un control de constitucionalidad en cabeza de un órgano diferente como, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, pues algunos proyectos fueron presentados en ese sentido. Se revisaron 144 números de la Gaceta Constitucional y se encontraron 12 proyectos de un total de 15 proyectos específicos de control de constitucionalidad (el total de proyectos de actos reformativos de la Constitución fue de 152). Los 12 proyectos aludidos, fueron: 1 presentado por el Gobierno, 8 por miembros de la ANC de diversos partidos políticos, 2 por la Cámara de Representantes y 1 por organizaciones no gubernamentales.⁵

Este hecho demuestra, de entrada, la acogida que tenía entre los constituyentes de 1991 la idea de una Corte Constitucional; idea no ajena a nuestra tradición jurídica, pues ya en reformas constitucionales anteriores se había propuesto su creación (1957, 1968 y 1979), aunque de manera tímida.

2.1. El primer proyecto de reforma de la Constitución en el cual se propuso la creación de una corte constitucional fue radicado por el constituyente Jesús Pérez González-Rubio, miembro del partido Liberal, y quien pertenecía a la Comisión VI de la Asamblea Nacional Constituyente (Asuntos económicos, sociales y ecológicos).⁶ Dicho proyecto proponía una reforma integral a la Constitución entonces vigente reformando el texto, artículo por artículo. La primera mención a la Corte Constitucional se hace de manera tangencial en el art. 86 del proyecto cuando se hacía referencia al Consejo de Estado y la Corte de Casación; más adelante, en el título XX sobre la Jurisdicción Constitucional, artículo 122 que reemplazaba al artículo 214 vigente,

⁴ Obsérvese que los diversos proyectos planteaban la “Reforma” de la Constitución a partir, incluso, de la redacción del articulado a partir del ya existente, en ningún caso los proyectos se autonominaron como “sustitutivos” o con pretensiones de cambiar la constitución. Este hecho da lugar a ciertas posturas que consideran que la Constitución de 1991 fue una reforma total (se rehace en su integridad el articulado), y no un cambio de Constitución. Esto último fue lo que a la postre ocurrió, pues se cambiaron los principios y la esencia misma del texto constitucional.

⁵ La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado no presentaron proyectos como tal radicados ante la ANC sobre el tema del control de constitucionalidad; sin embargo, enviaron sendos memorandos a la Comisión IV en los cuales realizaban sus propuestas en ese sentido, propuestas que, de hecho, fueron tenidas en cuenta por los miembros de la Comisión.

⁶ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 4, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 1”, febrero 13 de 1991. pp. 2-16.

se señalaba lo siguiente: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confiere ésta y las leyes, tendrá las siguientes:...” (subrayado fuera del original),⁷ allí se enumeraban cuatro funciones, adicionando dos más al texto original, el cual sirve de punto de referencia para la propuesta. Importante señalar que se agrega el control de constitucionalidad sobre los tratados públicos suscritos por el Gobierno y sobre las ordenanzas de las asambleas departamentales. En la parte final, se deja a la ley la determinación de la estructura de la futura Corte Constitucional, el número de sus miembros, el plazo para dictar las sentencias y las sanciones por el incumplimiento de las mismas.

Como dato anecdótico, la exposición de motivos del mencionado proyecto no se ocupó de justificar la creación de la nueva corte, pues no desarrolla este punto en la justificación sobre los cambios a la administración de justicia, solo la menciona tangencialmente al referirse al tema del “control fiscal” cuando señala que el contralor sería nombrado por el Congreso de ternas presentadas por el presidente de la República, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

2.2. El segundo proyecto que propuso la creación de una corte constitucional fue el presentado por el Gobierno nacional del entonces presidente César Gaviria Trujillo y su ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana.⁸ Como el anterior proyecto, este también plantea una reforma integral, reformando artículo por artículo e iniciando, incluso, con una propuesta de preámbulo. La Corte Constitucional aparece mencionada por vez primera en el artículo 153 del proyecto, el cual busca reformar el artículo 150 vigente, al establecer lo siguiente: “Calidades para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y Consejero de Estado...” (subrayado fuera del original);⁹ se deja a una ley orgánica de la administración de justicia señalar las calidades y los procedimientos para su postulación. En otra sección del proyecto, artículo 248 que reformaba el 214

⁷ Ibid. p. 8.

⁸ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 5, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 2”, febrero 15 de 1991. pp. 1-27.

⁹ Ibid. p. 17.

entonces vigente, al referirse a la jurisdicción constitucional, vuelve a aparecer la mención a la Corte Constitucional: “Atribuciones de la Corte Constitucional. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política. En consecuencia, tendrá las siguientes atribuciones: ...” (subrayado fuera del original);¹⁰ se agregan 14 funciones en las que se destaca, por ejemplo, revisar las decisiones judiciales sobre el amparo de derechos (posterior acción de tutela), revisar los actos legislativos por vicios de procedimiento y resolver conflictos de competencia entre la nación y las entidades territoriales; igualmente, el encabezado de este artículo influyó grandemente en la redacción final al incorporar la palabra “supremacía”, ajena en el texto vigente. Además, los artículos 249 al 254 del proyecto se ocupan de otros aspectos interesantes tales como la jurisdicción constitucional, la composición de la Corte con origen en el Senado, su periodo, número impar e integración, (cuyos detalles deja a una ley orgánica de la Corte Constitucional), la cuestión de inconstitucionalidad y sobre el alcance jurídico de sus decisiones (cosa juzgada constitucional).

El proyecto no fue acompañado de su respectiva exposición de motivos, al menos en la publicación de la Gaceta Constitucional; sin embargo, dicha justificación se encuentra contenida en el discurso del presidente César Gaviria en la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente. En efecto, se hace una presentación del proyecto que presentará el Gobierno nacional y se hace mención a la Corte Constitucional cuando el presidente se refiere al derecho de amparo (tutela) como garantía efectiva de los derechos fundamentales que se proponen: “Lo que proponemos, y lo que es correcto en una democracia, es que el ciudadano acuda ante un juez, ante el defensor de los derechos humanos o ante la jurisdicción constitucional encabezada por la Corte Constitucional”.¹¹ No hay otra referencia o cita sobre el particular.

2.3. El tercer proyecto que concibe una corte constitucional, fue el presentado por Diego Uribe Vargas, liberal, quien actuaba en

¹⁰ *Ibíd.* p. 27.

¹¹ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 1, “Palabras del señor presidente César Gaviria Trujillo en la instalación de la Asamblea Constituyente”, 5 de febrero de 1991. p. 4.

la Comisión I (Principios, derechos, garantías, sistema electoral, partidos políticos, mecanismos de reforma).¹² Igual que los anteriores proyectos, este se refiere a una reforma profunda de la Constitución vigente, por lo que propone reformar gran parte del articulado; la primera alusión a la Corte Constitucional aparece en el art. 16 del proyecto, al referirse a los funcionarios que serán sometidos al fuero de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, allí se menciona a los magistrados de la Corte Constitucional. En el art. 18, cuando se establecen las atribuciones del Congreso mediante las leyes, se proponen unas “atribuciones especiales” de la Cámara de Representantes, entre las que se destaca la 7° que consiste en: “7°. Nombrar tres miembros de la Corte Constitucional.” (subrayado fuera del original);¹³ como se verá, esta atribución quedó posteriormente aprobada en cabeza del Senado. Otros artículos como el 25 y el 48 del proyecto nombran a la Corte Constitucional cuando consagran aspectos de los miembros de las altas cortes. Los artículos 55, 57 y 58 de la propuesta tocan aspectos de Corte Constitucional en relación con el presidente de la República, tales como el nombramiento de los magistrados que le correspondan y el envío de los decretos legislativos en virtud de los estados de guerra, conmoción interior o emergencia. El art. 86 consagra que: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad de la Constitución”¹⁴ y establece 6 funciones, entre las que se destaca el control de actos legislativos por motivos de forma y la limitación del control de constitucionalidad sobre tratados internacionales únicamente sobre los proyectos de ley aprobatorios; el art. 87, propone la conformación de la futura Corte con 9 magistrados con las mismas calidades de los de la Corte Suprema de Justicia, con periodo de 7 años no reelegibles: tres por la Cámara de Representantes, tres por la mencionada Corte Suprema y tres por el presidente de la República.

En la exposición de motivos hay un capítulo sobre la Corte Constitucional. Se enfatiza la prevalencia del derecho internacional

¹² Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 7, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 6”, febrero 18 de 1991. pp. 1-29.

¹³ Ibid. p. 3.

¹⁴ Ibid. p. 9.

sobre el interno, debido a la lógica de las relaciones internacionales y la disminución de la soberanía absoluta del Estado, adoptando, de esta manera, una clara postura monista. Se justifica la creación de la Corte Constitucional, citando estudios y proyectos de reforma constitucional anteriores, en los cuales se critica la poca eficacia del control constitucional en manos de la Corte Suprema, debido a varias razones como, por ejemplo, la falta de especialidad en derecho público de los magistrados, el exceso de trabajo en cada especialidad, la dependencia en que quedan los magistrados frente a los dos poderes que controla (ejecutivo y legislativo) y las influencias partidistas en esta clase de fallos de constitucionalidad. Finalmente, se hace un pequeño recuento de las experiencias en Alemania, Austria e Italia que crearon con éxito un tribunal constitucional autónomo e independiente.

2.4. El cuarto proyecto sometido a la Asamblea Nacional Constituyente, fue presentado por Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño, ambos del Partido Liberal y pertenecientes a las Comisiones II y IV, respectivamente.¹⁵ El proyecto, contrario a los anteriores, proponía un texto nuevo de constitución y por ello no se refiere a los artículos que modificaría de la anterior; así las cosas, son 118 artículos agrupados en 15 títulos, más el preámbulo, en los cuales se apuesta por una constitución corta y centrada en la fijación de principios y pautas generales para la organización del Estado. En el artículo 62, al establecer la función judicial, aparece mencionado el Tribunal Constitucional, de la siguiente manera: “La función judicial se ejerce por tres jurisdicciones: la constitucional, a cargo de la Corte Constitucional; la común, a la que pertenece la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores y los diversos juzgados; y la de lo contencioso-administrativo, integrada por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos y los juzgados administrativos...” (subrayado fuera del original).¹⁶ El artículo 67 fija los requisitos para ser magistrado de los altos tribunales y los artículos 114 a 117 se ocupan directamente del control constitucional (título decimocuarto); por ejemplo, en el art. 114 se establece que a la Corte Constitucional se le

¹⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 9, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 9”, febrero 19 de 1991. pp. 1-20.

¹⁶ *Ibíd.* p. 9.

confía la guarda de la supremacía de la constitución que ejercerá con un criterio de análisis jurídico-político (esto último es algo novedoso, pues, como se ha visto en la práctica, el control de constitucionalidad trasciende los criterios eminentemente jurídicos, de ahí lo polémico que pueden ser algunos fallos); se establecían allí 7 funciones a la Corte destacándose un control amplio sobre todo tipo de leyes, decretos del gobierno y actos administrativos del orden nacional que pueden ser demandados por cualquier persona. El art. 115 señala composición de la Corte con 9 magistrados para periodos de 6 años, 3 de ellos elegidos por la Cámara de Representantes de listas que presente el presidente de la República y los 6 restantes elegidos por el Consejo Nacional de la Administración de Justicia, pero, en un primer momento, serían los magistrados que conformaban la entonces Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En la exposición de motivos, se realiza una explicación título por título; al llegar al título del control constitucionalidad, se argumenta que la creación de una corte constitucional como órgano especializado, se hizo por inspiración de los modelos francés e italiano.

2.5. Otro proyecto que propuso la creación de una corte constitucional, fue el presentado por María Teresa Garcés Lloreda perteneciente a la Comisión IV y representante del movimiento político M-19.¹⁷ Se trata de una propuesta de reforma puntual a la administración de justicia, al estado de sitio y la creación de la Rama de Control; al referirse a los organismos con funciones jurisdiccionales, menciona a la Corte Constitucional (arts. 11 al 14), el art. 11 establece que la Corte Constitucional tendrá un número impar de magistrados según la ley, pero que transitoriamente se conformará por los seis magistrados de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quienes nombrarán otra magistrado de filiación política diferente a la de éstos; el art. 12 señala las funciones de la Corte Constitucional sin mayores novedades, salvo el control de forma sobre los actos legislativos y el control de las leyes aprobatorias de tratados internacionales (propuestas que a la postre quedaron en la redacción final); el art.

¹⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No.20, "Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 27", marzo 12 de 1991. pp. 1-9.

13 establece la obligatoriedad del concepto del procurador y el art. 14 deja a la misma Corte darse su propio reglamento. El art. 41 del proyecto señalaba que para ser magistrado de las tres altas cortes se debía superar un concurso de méritos, y que ocuparía el cargo quien consiguiera el máximo puntaje, esta propuesta no fue acogida en la redacción final y, hasta hoy, no ha sido plenamente desarrollada pese a la reforma de equilibrio de poderes;¹⁸ el art. 42 establece un periodo de 10 años para los magistrados de las tres altas cortes.

La exposición de motivos justifica la creación de la Corte Constitucional, para dar mayor especialización en las áreas del derecho público, la cual debería ser ejercida por expertos de dicha área y en lugar de dejar dicho control en manos de expertos en derecho laboral, penal o civil como venía ocurriendo: "...resulta conveniente separar las funciones de Tribunal de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de la facultad de control constitucional".¹⁹

2.6. Un sexto proyecto que propuso una corte constitucional fue el presentado por Guillermo Plazas Alcid, del Partido Liberal y perteneciente a la Comisión III.²⁰ Se trataba de un proyecto nuevo de Constitución Política contenido en apenas 153 artículos; en el art. 74 aparece por vez primera la mención a la Corte Constitucional cuando se señala la composición de la Rama Jurisdiccional (sic); el art. 75 establecía las atribuciones de la Corte, dentro de las novedades señalaba el control de los actos reformativos de la Constitución por razones de procedimiento, el control sobre leyes aprobatorias de tratados públicos, la declaratoria de pérdida de investidura y de congresistas y funcionarios de elección popular (propuesta no acogida en redacción final) y los efectos de cosa juzgada de los fallos de constitucionalidad. El proyecto no establecía los requisitos de los magistrados de la Corte

¹⁸ Véase Acto Legislativo 02 de 2015, art. 11 modificadorio del 231 de la C.P. en el cual los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán nombrados por sus propios miembros de listas de 10 candidatos enviados por el Consejo de Gobierno Judicial tras una convocatoria pública. Por su parte, los magistrados de la Corte Constitucional continúan con el sistema de nombramiento por el Senado de ternas enviadas por el presidente, la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

¹⁹ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 20. Op. Cit., p. 5.

²⁰ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 22, "Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 57", 18 de mayo de 1991. pp. 36-43.

Constitucional, así como su periodo, forma de elección y composición de la misma.

2.7. La Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en cabeza de Guido Echeverry Piedrahíta, y en ejercicio del derecho de iniciativa que le otorgaba el reglamento de la ANC, también presentó un proyecto en el cual se mencionaba a la Corte Constitucional.²¹ Se trata de un proyecto de reforma sobre algunos aspectos puntuales tales como el régimen de partidos políticos y la oposición, las ramas del poder público (que incluye una cuarta: la Rama Electoral), temas presupuestales, la división territorial y administrativa de la República, el Ministerio Público y los derechos civiles y garantías sociales. A pesar de que el proyecto se dirige a fortalecer y realizar importantes reformas al Congreso, cuando se refiere a la Rama Judicial, se menciona que ésta está conformada por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y los tribunales, juzgados y despachos; en el artículo pertinente sobre la Corte Constitucional, se señala: "...estará integrada por ocho (8) magistrados y tendrá como función hacer que se respete la supremacía de la Constitución. Al ejercer el control de constitucionalidad fallará asegurando la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental".²² También se establecía que sus magistrados serían elegidos por el Congreso de listas presentadas por el presidente de la República para periodos de ocho años no reelegibles y que se renovarían en la mitad cada cuatro años; asimismo, la mitad de sus miembros pertenecerían a la carrera judicial. También se señalaban los requisitos para ser magistrado de la Corte Constitucional: colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado de profesión, tener más de 35 años de edad, haber sido en propiedad magistrado de la Corte Suprema o del Consejo de Estado o procurador general o experiencia de 8 años mínimo en tribunal de distrito judicial o procurador o 10 años de docencia universitaria jurídica.

²¹ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 25, "Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 97", 21 de marzo de 1991. pp. 4-9.

²² *Ibíd.* p. 8.

En la exposición de motivos no se hizo referencia o justificación a la creación de la Corte Constitucional.

2.8. Otro proyecto reformativo presentado por el senador Ignacio Molina Giraldo, Hugo Escobar Sierra y Gustavo Orozco Londoño, miembros del Movimiento de Salvación Nacional y perteneciente el primero a la Comisión V de la ANC, proponían modificar el texto completo de la Constitución, artículo por artículo.²³ El art. 78 del proyecto modificaba el art. 214 de la C.P. y creaba la Corte Constitucional señalando sus funciones, entre las que se destaca la revisión por razones de forma de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, revisar las sentencias en firme tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado que riñan con la Constitución (propuesta no acogida, pero que posteriormente ha sido posible vía acción de tutela contra providencias judiciales) y dar posesión al presidente de la República. El art. 79 señalaba el carácter público de la acción de inconstitucionalidad y el art. 80 establecía los requisitos para ser magistrado, mientras que el art. 81 se ocupaba de la conformación de la Corte con 7 magistrados, de los cuales 4 serían nombrados por el Senado de ternas enviadas por el presidente y los 3 restantes nombrados por la Cámara de Representantes de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia.

En la exposición de motivos se hace una crítica un tanto al débil equilibrio de los poderes, así como a la poca eficacia de los fallos de la Corte Suprema en ejercicio del control de constitucionalidad: “Las anteriores consideraciones nos han persuadido de la bondad de crear la Corte Constitucional única y exclusivamente para atribuirle el control constitucional, presumiendo, como es lógico, estaría especializada en el conocimiento pleno de nuestro derecho público y uniformaría la jurisprudencia en forma completa y organizada, conforme a la más exigente técnica jurídica” (subrayado fuera del original).²⁴

La exposición de motivos se refiere a las bondades que traería crear una corte constitucional encargada exclusivamente del control

²³ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 25, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 108”, 21 de marzo de 1991. pp. 46-51.

²⁴ *Ibíd.* p. 51.

constitucional (control eminentemente político en cuanto asegura la estabilidad de las instituciones como garantía de la vigencia del Estado de derecho y que al mismo tiempo consagra la jerarquía de la normatividad); sobre todo, porque: a) Especializada en el conocimiento del derecho público, b) Para dar uniformidad a la jurisprudencia, y c) Lograr un mejor equilibrio entre las ramas del poder público.

2.9. El siguiente proyecto fue de autoría de Hernando Herrera Vergara de la Comisión III, modificando y adicionando artículos al texto de la Constitución vigente, con la novedad de que la exposición de motivos se hace a renglón seguido de cada artículo propuesto.²⁵ En el art. 39 del proyecto se menciona a la Corte Constitucional por primera vez, al referirse al control jurisdiccional sobre los decretos que el Gobierno expida con base en las facultades del estado de alarma y guerra exterior; posteriormente, en el art. 45 sobre atribuciones del Consejo Superior de Administración de Justicia, establece su facultad disciplinaria sobre los magistrados de la Corte Constitucional. Finalmente, el art. 53 y siguientes crean la Corte constitucional: “Habrá una corte constitucional integrada por 8 magistrados, elegidos por la misma corporación de ternas presentadas por el Consejo Superior de Administración de Justicia, quienes permanecerán en sus cargos mientras observen buena conducta y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso”.²⁶ Para ser magistrado se proponía tener las mismas calidades que para serlo de la Corte Suprema de Justicia, pero abogado especializado en derecho público. Entre las novedades del control constitucional, a parte del control de las leyes demandadas, se tienen: a) Decidir sobre la constitucionalidad de los tratados públicos, antes de su aprobación por el Congreso; c) La intervención obligatoria del procurador general, en demandas de inexequibilidad.

El proyecto justifica la creación de un nuevo órgano especializado en el hecho de que muchos países lo han adoptado como un control concentrado, obteniendo resultados “ampliamente favorables”; se señalan los casos de Austria (el primero en 1920), Italia (1948),

²⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 30, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 124”, 01 de abril de 1991. pp. 1-16.

²⁶ *Ibíd.* p. 16.

Alemania Federal (1949), Chipre (1960), Turquía y Yugoslavia (1963); incluso Francia que con la Constitución de 1958 crea un Consejo Constitucional.

2.10. Antonio Galán Sarmiento, liberal y miembro de la Comisión III, también radicó un proyecto con articulado nuevo de 176 artículos, en el cual se proponía la creación de una corte constitucional.²⁷ En el art. 107 se menciona la Corte Constitucional como uno de los órganos que conforman la Rama Judicial; en el art. 109 sobre las funciones del Consejo Superior de la Administración de Justicia se le confiere la de nombrar las vacantes de la Corte Constitucional; los artículos 117 y 118 se ocupan de la jurisdicción constitucional, la cual se encarga a la Corte Constitucional y se establecen sus funciones, y se destaca por su novedad frente a la Constitución existente, lo siguiente: a) Revisar los actos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento; b) Decidir sobre la incompatibilidad de tratados internacionales, antes de su paso por el Congreso; c) Dirimir conflictos de competencia entre diferentes jurisdicciones; d) Intervención del procurador en todos los procesos; e) Elección de los magistrados a cargo del Consejo Superior de la Administración de Justicia por ocho (8) años de ternas enviadas por la misma corporación, reelegibles una sola vez.

La exposición de motivos se concentra en otros aspectos de la propuesta como la creación de una rama electoral y una rama fiscalizadora, el fortalecimiento de la Rama Ejecutiva y Legislativa. En material judicial, se considera la creación de la Fiscalía y el Consejo Superior de la Administración de Justicia. Nada se dice sobre la Corte Constitucional.

2.11. Las organizaciones no gubernamentales también se hicieron presentes en la ANC, y en el tema propio que nos ocupa, el “Colegio Altos Estudios Quirama” presentó una propuesta de Constitución Política en la que se consideraba la creación de una corte constitucional.²⁸ En el art. 84 se menciona por vez primera a la

²⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 31, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 126”, 01 de abril de 1991. pp. 20-32.

²⁸ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 34, “Propuestas de Organizaciones no Gubernamentales N° 4 Propuesta de Constitución para Colombia”, 02 de abril de 1991. pp. 9 y ss.

Corte Constitucional, al considerar que en caso de que el presidente no pueda tomar posesión ante el Congreso, lo hará ante aquella; más adelante, en el art. 99 se señala el control de constitucionalidad de los decretos expedidos con base en los estados de excepción, los cuales serían susceptibles de acción pública de inexequibilidad ante la Corte Constitucional; en el título sobre la administración de justicia, art. 108, se menciona a la Corte Constitucional, junto con la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado los tribunales y jueces, al igual que el Consejo Superior de la Administración de Justicia. Los arts. 110 a 115 tocaban aspectos sobre la administración de justicia en los cuales se nombraba a la Corte Constitucional, por ejemplo, se decía que sus miembros serían nombrados por las mismas cortes para periodos de ocho años, de listas elaboradas por el Consejo Superior de la Administración de Justicia. El art. 116 señalaba las competencias de la Corte Constitucional como órgano supremo de la jurisdicción constitucional a la cual se le confiaba la guarda de la supremacía de la Constitución, mediante un criterio de análisis jurídico-político (igual que el proyecto analizado en el punto 2.4.); vale la pena subrayar esta expresión, pues, al parecer, los proponentes de esta reforma ya concebían el carácter intra y extra sistémico para la interpretación de las normas constitucionales, lo que va a implicar un efecto polémico de los fallos de la Corte Constitucional al salpicar esferas políticas, económicas y culturales.²⁹

Entre las novedades de la función del control constitucional se destacan dentro del proyecto: a) Decidir sobre la exequibilidad los actos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento, dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación; b) Decidir sobre la exequibilidad de los decretos dictados por el Gobierno y de todos los actos administrativos del orden nacional; c) Decidir sobre exequibilidad de tratados o convenios internacionales, los cuales tendrán control previo antes de ser presentados al Congreso; d) Unificar la jurisprudencia divergente del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, el proyecto dejaba a la ley

²⁹ Ver. Jiménez, W.G. Políticas públicas, normas jurídicas y papel de los jueces. En: *Revista Republicana* No. 14, Corporación Universitaria Republicana, 2013. pp. 11-130.

la determinación del número impar de magistrados, así como la organización de la Corte Constitucional.

La justificación de la Corte Constitucional se encontraba en el mismo texto, al inicio del respectivo título con el nombre de “Fundamentos Teóricos”, se le encarga la función de defender la supremacía de la Constitución Política, dándole unidad al sistema en un único organismo y solo dejando a los tribunales administrativos y a los jueces el control de los actos administrativos departamentales y municipales; adicionalmente: “...con el propósito de que surja una jurisprudencia que permita interpretar el verdadero significado y el preciso alcance de la ley fundamental del país”.³⁰

2.12. La Cámara de Representantes se hizo presente con otro proyecto de reforma constitucional, adicional al comentado con anterioridad en 1.7., el cual fue presentado por el representante Roberto Camacho.³¹ Al referirse al título sobre la “Administración de Justicia”, se establecía que los miembros de la Corte Constitucional, de la Corte de Casación y del Consejo de Estado serían nombrados por el presidente de ternas que le presente el Consejo Superior de la Administración de Justicia, pero el nombramiento deberá ser confirmado por el Senado; señalaba que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad de la Constitución y establecía sus atribuciones, entre las que se destacan, por su novedad frente a lo establecido, las siguientes: a) Control de los actos reformativos de la Constitución que promueva cualquier ciudadano, por vicios de forma; b) Decidir sobre la constitucionalidad de los tratados públicos, antes de ser sancionados por el presidente. Por otro lado, establecía que los magistrados de la Corte Constitucional deberían ser especialistas en derecho constitucional y señalaba las inhabilidades e incompatibilidades respectivas.

La exposición de motivos justificaba la creación de la Corte Constitucional separando, de esta manera, las labores que venía ejerciendo la Corte Suprema —la cual quedaría convertida en una Corte de Casación—. Pues, en criterio del autor, el sistema de composición

³⁰ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 34. Op. Cit., p. 13.

³¹ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 37, “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 97 A”, 05 de abril de 1991. pp. 4-15.

interna y su funcionamiento no es el más adecuado para actuar como guardiana de la Carta Magna. La falta de tiempo y el cúmulo de trabajo especializado en Sala (laboral, penal, civil...) de cada magistrado no le permiten ocuparse adecuadamente de los problemas de derecho público que exigen los pleitos de inconstitucionalidad: “Es natural que un magistrado de la Sala de Casación Penal o de la Sala de Casación Laboral tenga una preparación especial, unos hábitos mentales y hasta una disposición de espíritu que le permite ocuparse con más pericia y eficacia de los asuntos propios de su Sala que de los problemas de Derecho Público que suscitan las demandas sobre inexecutableidad de leyes y decretos...”³²

3. INFORMES DE PONENCIA PARA DEBATE Y APROBACIÓN EN COMISIÓN

La discusión y aprobación sobre “Control de constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado” correspondió, por materia, a la Comisión IV de la ANC, compuesta por los siguientes constituyentes:

Fernando Carrillo Flórez (presidente) – Partido Liberal,
Jaime Fajardo Landaeta (vicepresidente) – EPL,
Carlos Daniel Abello Roca – Mov. Salvación Nacional,
María Teresa Garcés Lloreda – AD M-19,
Álvaro Gómez Hurtado – Mov. Salvación Nacional,
Armando Holguín Sarria – Partido Liberal,
Hernando Londoño Jiménez – Partido Conservador,
Julio Simón Salgado – Partido Liberal,
José María Velasco Guerrero – AD M-19.

La ponencia fue encargada a los constituyentes María Teresa Garcés y José María Velasco, quienes rindieron informes separados debido a su discrepancia sobre la Corte Constitucional, aunque en

³² *Ibíd.* p. 15.

los demás puntos sobre el control constitucional estaban de acuerdo; a continuación, sus respectivas ponencias.³³

3.1. Informes de ponencia

3.1.1. Sobre el control de constitucionalidad, la ponencia de Maria Teresa Garcés fue favorable a la creación de una corte constitucional; ³⁴ se destaca lo siguiente:

- Que se justifica plenamente en los Estados en los cuales se practica la separación de poderes; así el poder legislativo, judicial y ejecutivo son igualmente soberanos e independientes, pero ellos tienen un superior común: el poder constituyente.
- Sostenía que el control de constitucionalidad apareció primero como mecanismo de protección de derechos individuales, y luego fue concebido como sistema de defensa del orden jurídico.
- También se destacaba que este tipo de control se usó primeramente en Estados Unidos a partir del fallo del juez Marshall, en el caso “*Malbury versus Madison*” en 1803, y que luego pasó a los países europeos, inicialmente renuentes a un control de la ley debido a su principio de soberanía parlamentaria (como representante del pueblo) y el principio acerca de que los jueces y magistrados solo podían decidir *Secundum legem y no De legibus* (como legisladores).

Seguidamente, la ponencia realizaba un repaso a los diferentes sistemas de control en la historia reciente, tocando, en primer lugar, el sistema del control previo, ya fuera ejercido por asambleas parlamentarias, ya por un órgano especializado como el Consejo Constitucional francés creado en 1958. El control posterior, ya sea

³³ Resulta curioso el hecho de que los ponentes pertenecían al mismo movimiento político (AD M-19), pero con posiciones contrarias respecto a la creación de la Corte Constitucional. Al parecer, sus diferentes trayectorias profesionales los separaba en este punto. La constituyente Garcés Lloreda tenía origen conservador, fue viceministra de Comunicaciones y gerente de FOCINE durante el gobierno de Belisario Betancur a comienzos de los años ochenta, magistrada del Tribunal Administrativo del Valle y especialista en Derecho Público.

³⁴ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 36, Relatoría, “Ponencia sobre Control de constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado”, 04 de abril de 1991. pp. 2-26.

mediante una jurisdicción de constitucionalidad difusa (ejercida por todos los jueces, previa acción), como en Noruega, los Estados Unidos, países latinoamericanos; o la jurisdicción de constitucionalidad concentrada, ya sea en cortes supremas (caso Irlanda, Venezuela o Colombia), o en cortes constitucionales (casos de los tribunales de Austria en 1919, Checoslovaquia en 1920, España en 1931 y Yugoslavia en 1963), para luego dedicarse a un análisis de los tribunales constitucionales en Italia en 1947 y Alemania en 1949 (que aparecen como reacción contra el autoritarismo), el Consejo de la Revolución Portuguesa en 1976, el Tribunal Constitucional en España en 1978, el Tribunal Constitucional en Chile en 1980, el Tribunal de Garantías Constitucionales en Ecuador en 1984 y la Corte Constitucional en Guatemala en 1985.

Después se dedica a la evolución del control constitucional en Colombia desde la colonia en donde prevaleció un control moral-cristiano basado en el derecho natural y la posibilidad de los funcionarios de apartarse de aplicar una ley que derivara en “culpa o escándalo irreparable”;³⁵ luego, con la Independencia, las primeras constituciones de Cundinamarca, Cartagena, Tunja y Antioquia en 1811 consagraron que el Senado podía suspender una ley objetada por el Ejecutivo por vicios de inconstitucionalidad.

Hay especial mención a la Constitución de 1853 que, en opinión de la ponente, fue la primera que estableció un control judicial en cabeza de la Corte Suprema de Justicia para decidir la nulidad de ciertas normas como las ordenanzas municipales cuando resultaren contrarias a la Constitución y las leyes de la República. Las constituciones federales de 1858 y 1863 son las primeras en establecer el control judicial sobre las leyes de los Estados: la Corte Suprema podía suspender la aplicación de una ley contraria a la Constitución o a las leyes de la Federación, pero el Senado decidía en últimas sobre la nulidad de la norma acusada; sin embargo, entratándose de leyes federales o nacionales, los Estados podían, por la mayoría de sus legislaturas, anular dicha norma y la Corte Suprema declaraba tal nulidad. Como se ve, en cualquiera de los casos, era el poder legislativo el que en últimas ejercía el control

³⁵ *Ibíd.* p. 6.

de constitucionalidad, en seguimiento del principio de la soberanía parlamentaria. En la Constitución de 1886 sigue dominando la tesis acerca del principio de primacía del legislador en materia de control de constitucionalidad.

Será la Reforma de 1910 mediante el Acto Legislativo No. 3 la que otorgue a la Corte Suprema de Justicia la guarda e integridad de la Constitución, decidiendo, para ello, sobre la exequibilidad de actos legislativos objetados por el Gobierno, así como de las leyes y decretos acusados por cualquier ciudadano previa audiencia del procurador General de la Nación. De igual manera, se consagra la primacía de la Constitución sobre la ley en caso de incompatibilidad (art. 40 y 41 del acto reformativo). Según la ponente, esta reforma se dio "... como una reacción contra las continuas violaciones de la Carta".³⁶ La ponencia continua explicando que debido a que en 1913 se restableció el Consejo de Estado como tribunal supremo en lo Contencioso Administrativo, se generó una controversia sobre su papel en el control de constitucionalidad, entonces la reforma de 1945 señaló la competencia de éste último para decidir sobre la exequibilidad de los decretos reglamentarios que expediera el Gobierno.³⁷ El Acto Legislativo 01 de 1968 crea la Sala Constitucional compuesta por expertos en derecho público, la cual dará concepto o ponencia sobre temas de control de constitucionalidad para ser decidida en plenaria; incluye el control de los decretos expedidos con base en el estado de emergencia económica y social, y establece el control automático o de oficio de los decretos de estado de sitio.

En seguida, la ponencia realizó una presentación y análisis de 15 diferentes proyectos reformativos presentados a la Comisión IV sobre el tema del control de constitucionalidad en específico. Finalmente, en las conclusiones y recomendaciones se retoman cuestiones relativas sobre las normas objeto del control, el tema de las normas de carácter

³⁶ *Ibíd.* Para destacar la volatilidad de la constitución en ese momento, está el hecho de que en 1909 hubo cinco actos reformativos, mientras que en 1910, fueron tres.

³⁷ Ver los arts. 41 y 53 del Acto Legislativo 01 de 1945. Hay que decir que la Corte Suprema pierde el control sobre actos legislativos objetados por el Gobierno, mantiene el control sobre todas las leyes y sobre decretos expedidos por el Gobierno con carácter de ley (facultades extraordinarias y estado de sitio).

territorial, la posibilidad de control vía recurso de amparo de las decisiones de los jueces (que no comparte la ponencia por hacer interminables los procesos, desconocer las jerarquías y concentrar el trabajo de manera innecesaria en la Corte Constitucional, lo que la haría inoperante), la conveniencia de la mantener la excepción de inconstitucionalidad y el tema álgido del organismo competente para realizar el control de constitucionalidad, pues se encuentran dos tendencias en las propuestas: a) Las que apuestan por crear un nuevo organismo en cabeza de una corte constitucional y b) Las que consideran que este control debe ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia.

En este punto, la ponencia tomó partido por la primera fórmula, como era de esperarse, dado que la autora presentó un proyecto en tal sentido,³⁸ y ahora lo argumenta:

No dudamos en expresar que, en este momento de la vida colombiana, sería conveniente la creación de una corte constitucional, conformada por verdaderos especialistas en la materia, los cuales logren construir una teoría constitucional coherente y uniforme. La especificidad del derecho público exige un tratamiento propio de esta disciplina a los asuntos constitucionales, el cual es parcialmente desvirtuado en la actualidad por la competencia que tiene la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, para resolverlos.³⁹

Sobre el origen y composición de la Corte Constitucional, la ponencia se adhiere a los proyectos que prefieren un origen interno a la Rama Judicial, y en contra de la intervención de las otras ramas del poder público: "...la experiencia colombiana nos demuestra que esta forma de elección conduciría a interferencias partidistas y redundaría inevitablemente a una limitación importante de la autonomía de los juzgadores..."⁴⁰

El articulado propuesto en la ponencia recogía, en esencia, la propuesta realizada por la misma autora en su proyecto de reforma, ya analizado con anterioridad:

³⁸ Véase Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No.20, proyecto No. 27. Op. Cit.

³⁹ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 36. Op. Cit., p. 16.

⁴⁰ *Ibíd.*

1. Señalaba que la Corte Constitucional tendrá un número impar de magistrados según determine la ley (idea acogida en texto definitivo, art. 239 CP), y añade un párrafo transitorio para que inicialmente se componga por los seis magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quienes nombrarán otro magistrado de filiación política diferente a la de éstos (esta idea fue desechada en la redacción final, pero sirvió para la redacción del art. 22 transitorio sobre la “Primera Corte”).
2. Establecía que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad de la Constitución, y señala 6 atribuciones, algunas de las cuales recogían lo que la Corte Suprema de Justicia venía haciendo (control de leyes en general, de decretos del Gobierno con fuerza de ley, aspectos estos recogidos en la redacción definitiva en el art. 241 CP, numerales 4, 5, 7), pero presenta novedades como las siguientes: a) Decidir definitivamente sobre las demandas de inexequibilidad que presenten los ciudadanos contra las reformas constitucionales, cualquiera que sea su origen, pero solo por vicios de forma (redacción acogida en texto final con ligeras modificaciones, art. 241, 1); b) Decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben, debiendo el Gobierno remitir los textos seis días después de la sanción (esta redacción quedó en el texto final con algunas adiciones, art. 241, 10).
3. Se establece la obligatoriedad del concepto del procurador (recogido en art. 242, 2).
4. Deja a la misma Corte darse su propio reglamento (recogido en art. 241, 11).

3.1.2. La ponencia realizada por José María Velasco se opuso a la creación de una corte constitucional.⁴¹ En su escrito se despacha para contradecir las razones esgrimidas por los simpatizantes de establecer

⁴¹ Velasco Guerrero era reconocido conservador, gobernador de Nariño bajo Rojas Pinilla, senador de la República; había defendido prisioneros del M-19 y, además, había sido magistrado de la Corte Suprema de Justicia y ponente de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la reforma propuesta por López Michelsen en 1978, lo que explicaría su simpatía con ese alto tribunal.

una corte especializada en el control constitucional. Sus argumentos, para ello, son los siguientes:

- La integración del control constitucional en un solo órgano. Lo anterior llevaría a que se prive a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado de las funciones que han venido desarrollando “...con inmejorables resultados”,⁴² ya que realizan un trabajo concentrado por materia, y no simplemente unificado por órgano, pero difuso en materia, como sería el caso de un tribunal constitucional tipo europeo.
- El criterio de la especialidad de la Corte Constitucional. En este punto, disiente el ponente con las propuestas que consideran que las razones para crear una corte constitucional se basan en la necesidad de que sea un cuerpo integrado por especialistas en derecho público, porque “...la especialidad de sus intérpretes [de la Constitución] no puede resultar sino de su integración por las diversas especialidades jurídicas...”;⁴³ anota, además, que el control constitucional recae la mayoría de las veces en la resolución de demandas sobre normas ordinarias (laborales, penales, civiles, administrativas, comerciales, etc.), pero poco sobre normas de rango constitucional.
- Descalifica los argumentos de quienes cuestionan el papel cumplido por la Corte Suprema de Justicia en su ejercicio de control constitucional, como, por ejemplo, Jaime Castro, Alfonso López Michelsen y Diego Uribe Vargas, entre otros, sobre todo por los fallos polémicos de 1978 y 1979 mediante los cuales la Corte Suprema declaró inexecutable los Actos Legislativos No. 02 de 1977 y 01 de 1978 por considerar que el Congreso había excedido su facultad de reformar la Constitución. Se le criticó, entonces, de haber establecido cláusulas pétreas.
- Finalmente, cuestiona el origen político de la Corte Constitucional propuesta en algunos proyectos, pues, en su entender, esto restaría autonomía, independencia y neutralidad a los jueces, dando pie a la injerencia del poder Legislativo y Ejecutivo,

⁴² *Ibíd.* p. 21.

⁴³ *Ibíd.* p. 25.

ya que de esta manera podrían fallar en contra de los valores morales fundamentales consagrados en la Constitución: “Por ello, resulta original la pretensión de quienes esperan que la Corte Constitucional integrada políticamente refleje en sus fallos una interpretación de la Constitución acorde con los resultados electorales...”⁴⁴

En la proposición de articulado, el ponente se acoge a la propuesta presentada a la Comisión por la Corte Suprema de Justicia (mediante memorando) sobre el control constitucional, pero con algunas modificaciones. En esencia, la propuesta quedó de la siguiente manera:

1. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (adiciona la expresión “supremacía”, acogida en la redacción final, art. 241 CP).
2. Atribuciones: a) Decidir sobre constitucionalidad de actos reformativos de la Constitución por vicios de forma, cuando fueren acusados por cualquier ciudadano y objetados por el presidente de la República (idea acogida en redacción final, art. 241,1); b) Decidir sobre constitucionalidad de convocatoria a un referéndum reformativo o una asamblea constitucional antes de su realización, por vicios de forma (idea acogida en texto definitivo, art. 241, 2); c) Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos de leyes, proyectos de ley y consultas populares del orden nacional (idea recogida en texto definitivo, art. 241, 3); d) Decidir sobre la exequibilidad de las leyes expedidas por el Congreso y de los decretos que dicte el Gobierno en ejercicio de funciones especiales, en virtud de la acción pública de inconstitucionalidad (idea recogida en art. 241, num. 4, 5 y 7); e) Examinar los actos del Congreso aprobatorios de tratados públicos, el Gobierno remitirá el texto al día siguiente de la sanción (idea recogida en art. 241, 10, con importantes modificaciones).
3. Tránsito a cosa juzgada constitucional como efecto de los fallos de control de constitucionalidad (idea acogida, con redacción muy similar al texto definitivo, art. 243 CP).

⁴⁴ *Ibíd.* p. 22.241.

4. Integración de la Corte Suprema de Justicia: Elegidos por la misma corporación para un periodo de 8 años, no reelegibles, con un sistema de postulación en el cual participa el presidente de la República, los presidentes de la Corte Suprema y el Consejo de Estado, el procurador general, la Academia de Derecho y Jurisprudencia y el Consejo de Superior de la Administración de Justicia. Se contempla la posibilidad excepcional de que la Sala Constitucional esté integrada por humanistas de reconocido prestigio (la propuesta no se acogió, pues solo quedó lo relativo al periodo de 8 años y parte del sistema de postulación).
5. Las acusaciones por inconstitucionalidad de los actos cuyo control no esté adscrito a la Corte Suprema estarán a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (esta idea, que venía de la anterior Constitución y que mantenía dentro del capítulo sobre “Jurisdicción Constitucional” la labor del Consejo de Estado, fue derrotada, pues dichas funciones quedaron dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la redacción final).

Dentro de la Comisión IV, el constituyente Julio Simón Salgado realizó una ponencia sobre la “Administración de justicia” en la que se limita a mencionar a la Corte Constitucional dentro de los órganos que administran justicia, junto con la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Disciplinario, los tribunales superiores de distrito judicial y demás tribunales que establezca la ley.⁴⁵ Esto confirma que al interior de la Comisión IV había respaldos adicionales a la ponencia de María Teresa Garcés, en el sentido de crear una corte constitucional en lugar de mantener el control en la Corte Suprema de Justicia.

3.2. Discusión en Comisión IV

Las “Actas de Comisión” recogieron la presentación y discusión de las ponencias y las intervenciones en la respectiva Comisión. En sesión del 04 de abril, la constituyente María Teresa Garcés presentó informe de ponencia conjunta y la necesidad de fortalecer

⁴⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 46, “Informe-Ponencia de la Administración de Justicia”, 15 de abril de 1991. pp. 14 y 15.

el control de constitucionalidad.⁴⁶ Se mostró partidaria de crear la Corte Constitucional como órgano especializado, desarrollar la idea de supremacía de la Constitución, ampliar el control a las reformas constitucionales por motivos de forma y a los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias, y abogó por una composición estrictamente judicial de la Corte, sin intervención de organismos foráneos: los magistrados deberían pertenecer a la carrera judicial. Por su parte, el constituyente José María Velasco Guerrero manifestó su desacuerdo en cuanto a la creación de un nuevo órgano de control y destacó las bondades del sistema de control constitucional vigente en cabeza tanto de la Corte Suprema de Justicia (la cual, en su parecer, es un verdadero tribunal constitucional) y el Consejo de Estado señaló que no era necesario crear una corte constitucional especializada en derecho público, pues este sería un “control pobre” dado que carecería del auxilio de otras especialidades del derecho y señaló que entre 1968 y 1984, solo el 2% de los fallos de la Corte Suprema se habían referido a materias constitucionales, mientras que el 98% eran temas laborales, penales y civiles.

En sesión del 9 de abril, José María Velasco insistió en el carácter de cosa juzgada constitucional de los fallos del pleno de la Corte; por su parte, María Teresa Garcés se refirió a la ponencia conjunta en cuanto a las atribuciones de la Corte Constitucional en las cuales había pleno acuerdo.⁴⁷ Seguidamente, intervino el ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana para argumentar el proyecto del Gobierno del cual se destaca:

- Crear la Corte Constitucional con nuevos mecanismos que permitan al ciudadano acudir a la misma, usando el recurso de queja directamente o mediante la revisión del recurso de amparo;
- Se apartó de las dos ponencias, pues no estaba de acuerdo con mantener el sistema entonces vigente de control ni tampoco con las razones de especialidad de la Corte, ya que el proyecto del Gobierno deja la posibilidad para que expertos en otras

⁴⁶ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 64, “Actas de Comisión, Acta No. 8 (4 de abril de 1991)”, 01 de mayo de 1991. pp. 9-10.

⁴⁷ *Ibíd.* “Acta No. 9 (9 de abril de 1991)”. pp. 11-12.

ciencias particulares contribuyan al desarrollo de la materia constitucional;

- Es partidario de mantener el control abstracto y el control preventivo de los proyectos de ley;
- Es partidario de extender el control a los actos reformativos por vicios de forma a las leyes aprobatorias de tratados internacionales;
- Sobre el origen y composición de la Corte, señaló que serían elegidos por el Senado en un número que establecería la ley para periodos de 9 años, no reelegibles, de ternas enviadas por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado;
- Señaló el peligro de la excepción de inconstitucionalidad, la cual podría ser invocada por cualquier ciudadano y propuso limitarla al juez, quien la propondría ante la Corte Constitucional;
- El Consejo de Estado acudiría a la Corte Constitucional para plantear la inconstitucionalidad de un acto administrativo.

A esta intervención reaccionó José María Velasco para reiterar que el control difuso imperante es mejor que el concentrado que se propone: data de 1911 sobre una experiencia de 170 años, tomando como modelo el americano y teniendo amplio reconocimiento dentro de la doctrina, pues una cosa es el control concentrado por el organismo, y otra diferente, el control concentrado por materia que es lo que bien hace la Corte Suprema y el Consejo de Estado. Por su parte, María Teresa Garcés intervino para manifestar que encontraba similitudes con el proyecto del Gobierno, pero lamentó la propuesta de quitarle el control de constitucionalidad que tenía el Consejo de Estado con respecto a los actos administrativos, sobre el argumento de las discrepancias de criterio entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Remató el ministro para señalar que el control vigente fue novedoso en su momento, que se debía preservar la acción pública, pero separar el tribunal de casación del tribunal constitucional.

Las discusiones se trasladaron al mes de mayo de 1991. Las Actas número 23, 24 y 25 de la Comisión IV reflejan los debates en torno a la creación de una corte constitucional.⁴⁸

María Teresa Garcés reiteró que la Corte Suprema de Justicia debe continuar como tribunal de casación, y la Corte Constitucional, como tribunal constitucional, y agrega, para justificar la nueva creación: “La función de casación debe girar en torno a las materias civil, penal y laboral exclusivamente, ya que temas como la libertad, el orden público, etc., son diferentes de los temas que deberá conocer la Corte Constitucional para dar una información coherente que garantice que la nueva constitución tendrá una correcta interpretación”⁴⁹; interpeló José María Velasco para enfatizar sobre las limitaciones de un control concentrado en el órgano, pero desconcentrado en materia, y destaca el papel cumplido por la Corte Suprema hasta el momento; luego reaccionó la constituyente Garcés Lloreda para aclarar que la especialidad no significa que los miembros sean especialistas sino de dedicación exclusiva al control constitucional y que puedan conocer de otras áreas pero que tengan los conocimientos y preparación suficiente como garantía del control de constitucionalidad. Intervino el constituyente Julio S. Salgado para demostrar su desacuerdo con José María Velasco, y señala que la Corte Suprema de Justicia como guardiana de la Constitución no había hecho nada para evitar los atropellos de los presidentes por la declaratoria de estados de sitio, cuando no tenían ninguna relación con las causas que originaron tal declaratoria. El presidente de la Comisión señaló la importancia de la discusión, pero manifestó que al no encontrarse presentes todos los miembros, se levantaba la sesión y convocó para el día siguiente.

Con la asistencia de los nueve miembros de la Comisión, el día 3 de mayo se adelantó la discusión y votación final sobre crear o no una corte constitucional.⁵⁰ En el orden del día figuraba la intervención del ministro de Gobierno, quien enfatizó en la creación de una corte constitucional, resaltando los siguientes aspectos:

⁴⁸ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 72 “Actas 22, 23, 24 y 25 de Comisión IV”, 10 de mayo de 1991. pp. 1-7.

⁴⁹ *Ibid.* Acta No. 23 (mayo 2 de 1991). p. 4.

⁵⁰ *Ibid.* Acta No. 24 (mayo 3 de 1991). pp. 5-6.

- La creación de la Corte Constitucional no desatendía la tradición colombiana del control constitucional, en especial, los logros sobre la acción pública; las funciones de la Corte debían estar por encima de las tres ramas del poder, y por ello, en su conformación deben concurrir los tres poderes; se necesita especialidad material por su dedicación exclusiva, no es para desconocer el aporte de otras ramas del derecho.
- Se debería complementar el control abstracto (sobre normas generales) con un control concreto (casos); este último, para los casos de violación de derechos fundamentales. También se precisó que la Corte podría unificar jurisprudencia mediante el recurso de amparo.
- La Corte dirimirá los conflictos de competencia en materia de las entidades territoriales.
- Sobre la excepción de inconstitucionalidad, defiende la propuesta del Gobierno, pues considera que le dará más coherencia al régimen jurídico.⁵¹

En este punto, empezaron las interpelaciones e intervenciones de los constituyentes. Julio Salgado y José María Velasco manifestaron temores frente a la nueva corte constitucional, tales como la posible prevaricación de los magistrados y la politización de la misma. Por su parte, Hernando Londoño Jiménez manifestó que no podía apoyar la creación de una corte constitucional sobre el argumento de la inoperancia de la Corte Suprema; criticó el argumento de la especialización, pues todo abogado debe saber de derecho constitucional; sobre el recurso de amparo señaló que eso ya estaba resuelto con las funciones aprobadas para el defensor del pueblo; finalmente, consideró que no hay necesidad de innovaciones, y apoyó el sistema existente en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.⁵²

Intervinieron para manifestar su voto favorable a la creación de la Corte Constitucional los constituyentes Carlos D. Abello y

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

Armando Holguín. El primero, señaló que votará sin pensar en la historia de la Corte Suprema, pues le interesaban más las enmiendas a la Constitución Política.⁵³ El segundo, porque considera que la Constitución es una oportunidad para abrir canales democráticos y participativos, y para que “la arbitrariedad interpretativa” no cierre el camino del cambio y las aspiraciones populares.⁵⁴

Jaime Fajardo Landaeta presentó una constancia con tres puntos en los cuales señala sus razones para rechazar una corte constitucional: a) Que no desconoce la problemática de la Corte Suprema de Justicia para desempeñar su papel; b) Que es necesario hacer modificaciones a la Corte, pero no justifica la creación de la Corte Constitucional desconociendo la tradición histórica; agregó que en España y Costa Rica se presentaron complicaciones al crear tal tribunal; c) Que le preocupa la injerencia del Gobierno y un control político mal manejado.⁵⁵

Intervino María Teresa Garcés para defender su ponencia y señaló que ésta no desconoce la tradición jurídica, y por ello no se incluyó el derecho de amparo; se conservó lo esencial y se agregaron nuevas atribuciones. También señaló que no se estaría creando más burocracia, pues los 7 magistrados de la Corte Constitucional solamente incrementan uno más de los actuales 6 magistrados de la Sala Constitucional. La interpeló José María Velasco para señalar el caso español: en el cual el Tribunal cuenta con 12 magistrados y se demora 26 meses para proferir una sentencia. La interpelada respondió que por ello no se incluyeron demasiadas atribuciones a la Corte: para que no sea tan grande como el Tribunal español.⁵⁶

Volvió a intervenir Julio Salgado para señalar algunos desaciertos de la Corte Suprema de Justicia en los casos de decretos de estado de sitio que permitieron extinguir las penas y delitos políticos como si se trataran de indulto o amnistía. Lo interpeló el constituyente Londoño

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.* Acta No. 25 (mayo 7 de 1991). pp. 7-10.

⁵⁵ *Ibíd.* Actas 24 y 25.

⁵⁶ *Ibíd.* Acta 24.

Jiménez para defender la constitucionalidad del fallo, pues era una materia de orden público.

Intervino Álvaro Gómez Hurtado para criticar la vigencia permanente del estado de sitio, el cual debería ser de excepción; señaló que estaba de acuerdo con la creación de la Corte Constitucional, con un origen político y forma de elección en la que participen todos los órganos del poder, y compuesta por magistrados no especializados; finalmente, se mostró partidario de fortalecer una corte de casación para unificar la jurisprudencia, no para ser tribunal de tercera instancia.⁵⁷

Finalmente, intervino Fernando Carrillo para argumentar el carácter político de los fallos de constitucionalidad y demostrar su apoyo a la creación de la Corte Constitucional. Señaló que en el campo del derecho constitucional es en donde se encuentran la política y el derecho: “El mecanismo de interpretación de la realidad amerita un remozamiento de las instituciones, pues la tarea fundamental de la Corte es la de garantizar los derechos... Se hace necesario acomodar una realidad política, prever situaciones del futuro; no debe atemorizar el hecho de que los fallos sean políticos ya que estos tienen que tener ese carácter. No puede estarse pensando en ponerle una máscara jurídica a los fallos políticos.”⁵⁸ Después de esta intervención, se sometió a votación el artículo sobre creación de la Corte Constitucional (ver siguiente punto).

Se pueden resumir los argumentos a favor y en contra de la creación de la Corte Constitucional, esgrimidos en la Comisión IV, de la siguiente manera:

- a) Los opositores a la creación de la Corte Constitucional esgrimieron los argumentos de la especialidad para señalar que era mejor el sistema vigente, concentrado por materia, pero separado por órgano (Corte Suprema y Consejo de Estado), que el propuesto: concentrado en órgano, pero separado por materia, además, que la mayoría de demandas que se atendían eran sobre la inconstitucionalidad de leyes ordinarias, y no sobre

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.* p. 6.

actos reformatorios; todo, para demostrar que no se requerían magistrados expertos en derecho público. También se dijo que la propuesta de crear una corte constitucional seguía el modelo de control concentrado austríaco, el cual, en su momento, se derivó del modelo colombo-venezolano originado en 1811 y alabado por su originalidad (el Senado podía suspender una ley objetada por el Ejecutivo). De otra parte, se criticaba la demora de los fallos en un sistema concentrado y se citaba el caso español, en el cual un proceso ante el Tribunal Constitucional tomaba 48 meses en promedio y, en cambio, la Corte Suprema los despachaba en no más de 4 meses. También señalaron que la Corte Suprema de Justicia había creado “rencores políticos” por sus declaratorias de inconstitucionalidad de reformas constitucionales en 1977 y 1978, por lo que se le tildó de elitista y enemiga de los cambios que necesitaba el país, cuando lo que había hecho era tomar decisiones imparciales dentro del restringido marco de la democracia formal; finalmente, frente al carácter político que debe contener el control de constitucional, pues tanto la ley como la constitución se originan en órganos políticos, criticaron el hecho de reducir a la Corte Suprema a un tribunal de casación y dejar, en cambio, las puertas abiertas al “Gobierno Legislativo sin más frenos que las mayorías electorales”;⁵⁹ de este modo, la Corte Constitucional estaría al vaivén de las mayorías coyunturales y de la política.

- b) Los simpatizantes a la creación de una corte constitucional esgrimieron, en general, los argumentos de la ponencia favorable de la constituyente María Teresa Garcés y el Gobierno; esto es, las razones de la especialidad, pero mejorada, no en razón de la materia (especialistas en derecho público), sino de la dedicación exclusiva; la separación del tribunal de casación del tribunal constitucional para mejorar la eficacia jurídica; el rasgo político del control constitucional, entendido como la interpretación de la realidad político-social del país; la protección de derechos fundamentales (aunque en menor medida) y los buenos resultados obtenidos en el sistema europeo.

⁵⁹ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 81, “Informe de Minoría. Creación de una Corte Constitucional”, 24 de mayo de 1991. p. 17.

Para concluir este apartado, se debe destacar la intervención del entonces presidente de la República, César Gaviria, el 17 de abril ante la plenaria de la ANC, en la cual se exhortó a los constituyentes a lograr los acuerdos fundamentales sobre la nueva Constitución.⁶⁰ Como ya estaba expuesto en el proyecto del Gobierno, se mostró partidario de crear un organismo especializado e independiente, no solamente por las razones que se habían esgrimido por otros, y que resume en tres:

- a) Para no continuar con el llamado “Gobierno de los jueces” (en alusión, quizá, a las críticas a la Corte Suprema por crear cláusulas pétreas);⁶¹
- b) La función de interpretar la Constitución es de naturaleza política, cosa que no puede ejercer adecuadamente una corte de casación;
- c) Se requiere de un órgano especializado en derecho público.

Además de lo anterior, la existencia de una corte constitucional se hace necesaria para interpretar y desarrollar la nueva Constitución, sin lo cual todo el trabajo podría ser en vano: “...una organización judicial que nazca con esa misión y que forme parte de esta nueva Colombia: a una organización judicial que esté dotada de los instrumentos suficientes para hacer cumplir los derechos, para facilitar el paso a la autonomía de las entidades territoriales, para resolver las controversias de naturaleza particular que van a surgir de la creación de mecanismos de participación. Pensemos en el futuro”.⁶² Anota, además, algunas características de la Corte Constitucional que se apartan de otras presentadas, y que se resumen en lo siguiente:

1. No debe ser integrada por especialistas en derecho público solamente, sino también por abogados idóneos (tesis que se va a imponer en la redacción final);

⁶⁰ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 56, “Tenemos la obligación de mantener el espíritu consensual en los temas que serán cimiento de la nueva Constitución”, 22 de abril de 1991. pp. 2 y ss.

⁶¹ Resulta paradójico que tal apelativo usado en esa época se aplique hoy en día al papel que cumple la Corte Constitucional debido al alcance de sus fallos que, como se ha indicado, trascienden el ámbito meramente jurídico.

⁶² Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 56. Op. Cit., p. 5.

2. No es un control concentrado que acaba con el control difuso, sino que lo perfecciona, pues todos los jueces serán guardianes del orden constitucional;
3. Se conserva el control abstracto vía acción pública de inconstitucionalidad;
4. No politiza el control constitucional al estar integrada mayoritariamente por magistrados que provienen de las altas cortes.

3.3. La Corte Constitucional en otras comisiones

El constituyente Gustavo Zafra Roldán, miembro de la Comisión II (Ordenamiento territorial del Estado, Autonomía Regional y Local), presentó una ponencia en su respectiva comisión en la cual en el artículo 27 se encargaba a la Corte Constitucional conocer “... de oficio o a petición de cualquier ciudadano, de cualquier acto reformativo de la Constitución expedido por el Congreso, en contravención a lo dispuesto en el artículo precedente”;⁶³ lo anterior, porque en su texto propositivo sobre los departamentos señalaba que cualquier reforma constitucional sobre el régimen de las asambleas o la elección de gobernadores solo sería aprobado por una asamblea constitucional y sometida a referéndum nacional en un intento de blindar el régimen departamental (propuesta que, a la postre, no fue acogida en los términos del artículo 374 y siguientes de la redacción final).

En esa misma Comisión II, el constituyente Eduardo Verano de la Rosa realizó una ponencia en defensa de la creación de las regiones como entidades territoriales a partir de los departamentos, ya fuera por iniciativa popular (10% de las firmas del censo electoral en cada departamento) o por la mayoría absoluta de los miembros de las asambleas departamentales (esta idea fue modificada en la redacción final al tenor de los artículos 306 y 307 de la CP; los departamentos primero se asocian como región administrativa y de planificación, luego, según establezca la ley de ordenamiento territorial, pueden

⁶³ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 42, “Ponencia General los Departamentos”, 10 de abril de 1991. pp. 24.

convertirse en entidad territorial regional). En el artículo 9, sobre el proyecto de constitución de la región hace alusión a la Corte Constitucional para resolver las objeciones de inconstitucionalidad que le formulen las comisiones permanentes del Congreso.⁶⁴

Por su parte, en la Comisión I (Principios y derechos fundamentales, mecanismos de protección y participación, partidos políticos, sistema electoral y reforma constitucional) también se hizo mención a la Corte Constitucional cuando se realizaron los informes de ponencia; así, por ejemplo, los constituyentes Jaime Arias, Darío Mejía y Juan Carlos Esguerra, al referirse a los mecanismo de participación democrática, señalan que debían mantenerse la acción pública de inconstitucionalidad y el control automático de constitucionalidad, ya bien en manos de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte Constitucional, pues era un tema que le competía definir a la Comisión IV. Sin embargo, más adelante dejan entrever su inclinación hacia la Corte Constitucional cuando se refieren a la acción de tutela y señalan: “Igualmente, se pensó que la decisión del juez, aunque de cumplimiento inmediato, debe ser susceptible de algún recurso, y con la finalidad de unificar la jurisprudencia constitucional se dispone que en todo caso el fallo debe remitirse a (la Corte Constitucional), la cual tendrá la facultad de revisarlo”.⁶⁵

También en la Comisión V (Asuntos Económicos, Sociales y Ecológicos) se realizó una ponencia sobre el tema del Control Fiscal, en la cual el Gobierno nacional proponía que el contralor general sea elegido por el Congreso de una terna integrada por candidatos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el presidente de la República.⁶⁶

En las discusiones de la Comisión III (Gobierno, Congreso, Fuerza Pública, Estado de Sitio y Relaciones Internacionales) se planteó el tema del control de constitucionalidad sobre los tratados

⁶⁴ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 46, “Ponencia la Regionalización”, 15 de abril de 1991. p. 16 y ss.

⁶⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 52, “Informe-Ponencia Mecanismo de Participación Democrática”, 17 de abril de 1991. p. 9.

⁶⁶ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 53, “Informe-Ponencia Control fiscal”, 18 de abril de 1991. p. 19.

internacionales, habiendo acuerdo en que éstos debían tener este tipo de control, pero discrepando en la forma de su ejercicio. Vásquez Carrizosa y Miguel Santamaría planteaban una revisión por parte de la Corte, pero no automática sino por vía de acción ciudadana, del Gobierno o del Congreso, antes de la ratificación; Guillermo Plazas Alcid propuso únicamente una iniciativa del Congreso en el trámite de la ley aprobatoria, y Fabio de Jesús Villa se acogió al texto de la ponencia unificada de la Comisión IV.⁶⁷

Lo anterior es indicativo de que en otras comisiones de la ANC había un clima favorable para la creación de una corte constitucional, y que su creación no estuvo únicamente confinada a los debates realizados en la Comisión IV.

3.4. Aprobación

Como se había adelantado, el día 3 de mayo de 1991 la Comisión IV aprobó la creación de una corte constitucional por la mayoría de sus miembros.⁶⁸ Según lo advertido, no había unanimidad dentro de la Comisión respecto a la naturaleza del órgano encargado del control de constitucionalidad, y esto se vio reflejado en las votaciones.

El artículo neurálgico, es decir, el que confiaba a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (art. 241 de la CP) fue aprobado por seis (6) votos a favor y tres en contra (3); dentro de los simpatizantes estaban los constituyentes Carlos D. Abello Roca, Fernando Carrillo Flórez, María Teresa Garcés, Álvaro Gómez Hurtado, Armando Holguín Sarria y Julio S. Salgado Vásquez. Votaron en contra: Jaime Fajardo Landaeta, Hernando Londoño Jiménez y José María Velasco (éste último como era de esperarse, pues había hecho ponencia en contra). Una vez aprobada la creación de la Corte Constitucional, la minoría solicitó que el calificativo “constitucional” figurara entre corchetes, a la espera de la decisión final que acogiera la ANC en pleno.

⁶⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 68, “Informe-Ponencia Relaciones Internacionales”, 06 de mayo de 1991. pp. 12-16.

⁶⁸ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 72. Op. Cit.; Gaceta Constitucional No. 81, “Informe de Minoría. Creación de una Corte Constitucional”, 24 de mayo de 1991. pp. 16-24.

Se destaca en este artículo que se agregó la palabra “supremacía” para recalcar el papel de control constitucional en cuanto a la integridad (no permitir cambio o sustitución de la Constitución, como ley fundamental) y, además, hacer prevalecer el carácter supremo del texto constitucional en cuanto *norma normarum*. Al respecto, fueron cuatro los proyectos que propusieron el tema de la supremacía: el del Gobierno, el de Juan Gómez Martínez, el de la Cámara de Representantes y el de las ONG (ver supra 2.2, 2.4, 2.7. y 2.11).

En cambio, el articulado que incorporaba las atribuciones de la Corte Constitucional fue aprobado por unanimidad, lo que demuestra que las diferencias se concentraban en el órgano que ejercería el control, no en sus funciones. En tal sentido, se aprobaron las siguientes atribuciones:⁶⁹

- “1. Decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.”
2. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de la convocatoria de un plebiscito o referéndum o una asamblea nacional constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los referendos de leyes y de las consultas populares del orden nacional, estas últimas solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. Aprobado por unanimidad.
4. Decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos legislativos dictados por el Gobierno, expedidos con fundamento en los artículos (...) de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

⁶⁹ Los textos de Comisión aprobados se referían a “Atribuciones”, pero esto fue posteriormente cambiado por “Funciones”.

6. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su creación.

7. Ejercer el control directo de la constitucionalidad de los decretos que el Gobierno nacional expida con base en los estados de excepción y de emergencia económica y social, en relación con la norma que le sirvió de fundamento. Sin embargo, si encuentra evidente la violación de otra norma constitucional, debe declararlo así y conocer de la acción de inconstitucionalidad que se promueva contra los mismos decretos por otros motivos. Aprobado por unanimidad.

8. Decidir directamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que las (sic) aprueben; con tal finalidad el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes al de la sanción de la ley. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados.⁷⁰

También se aprobó, por unanimidad, que la Corte se daría su propio reglamento, y que cuando encontrare vicios de procedimiento subsanables, devolvería el acto para su enmienda y posterior revisión.

Con ligeras modificaciones en su redacción, como quitar la palabra “definitivamente” y algunas adiciones, estas son las funciones que quedaron aprobadas en el texto final de la Constitución en su artículo 241, incluido el párrafo. Únicamente faltaron dos de las once funciones aprobadas en el texto definitivo, y que no incorporó la Comisión IV: i) Lo relativo a la revisión de la acción de tutela y fallos judiciales (si bien había sido propuesta en el proyecto del Gobierno y el proyecto de Ignacio Molina Giraldo, puntos 2.2. y 2.8); ii) Lo relativo a decidir sobre las excusas de personas que hayan sido citadas por las comisiones del Congreso, según quedó establecido en el art. 137 de la CP. Los demás temas relacionados con el control de constitucionalidad y con la Corte Constitucional, se resolvieron de la siguiente manera:⁷¹

a) Lo relativo a los casos de incompatibilidad entre la Constitución, la ley, el decreto, la ordenanza, acuerdo o cualquier acto administrativo,

⁷⁰ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 81. Op. Cit., p. 22.

⁷¹ Las discusiones y aprobación de estos temas se pueden encontrar también en: Gaceta Constitucional Nos. 74, 75 y 77 del 15, 16 y 20 de mayo respectivamente.

se estableció que se aplicarían de preferencia las disposiciones constitucionales; además, que todos los jueces estarían obligados a declarar de oficio o a petición de parte la “excepción de inconstitucionalidad”. Aprobado por unanimidad. Sin embargo, el texto definitivo fue modificado quitándole la parte final sobre la obligación para los jueces, al tenor de los artículos 4° y 230 de la CP.

b) Se aprueba la “cosa juzgada constitucional” y la prohibición para que las autoridades públicas reproduzcan el texto declarado inexequible. Aprobado por unanimidad. Fue recogido con ligeras modificaciones en el artículo 243 de la CP.

c) Un artículo sobre procedimiento constitucional en el cual los ciudadanos intervenían para defender o impugnar la constitucionalidad, participaba el defensor del pueblo y señalaba términos, fue aprobado por mayoría. Este artículo fue ampliamente reformado posteriormente y corresponde al artículo 242 de la CP.

d) Periodo: la Comisión aprobó por mayoría de cinco votos contra tres que el periodo de los magistrados de las tres altas cortes sería de nueve años. Esto cambió posteriormente, quedando un periodo de ocho años no reelegibles, según texto definitivo (artículo 239, inciso 2, CP).

e) Número: Una mayoría de seis votos contra dos estableció que el número sería de nueve magistrados. También cambió en el texto definitivo, pues, como se sabe, el número de magistrados se dejó en un “...número impar de miembros que establezca la ley” (artículo 239, inciso primero).

f) Origen de la Corte: No hubo acuerdo en la Comisión sobre este punto, pese a que los dos informes de ponencia se inclinaban para que los magistrados fueran elegidos por la misma corporación, y de esta manera se conjurara la intromisión de la política en el poder judicial. Se debe señalar que de los 12 proyectos analizados, seis proponían un origen estrictamente judicial de la Corte (ver supra 2.1, 2.5, 2.6, 2.9, 2.10 y 2.11), mientras que otro tanto proponían un origen de la Corte en las cuales participaba el Congreso (magistrados serían elegidos por el Senado o por la Cámara o el Congreso en pleno, de listas presentadas por el Gobierno o por algún órgano judicial (ver supra 2.2, 2.3, 2.4, 2.7, 2.8 y 2.12), uno de estos proyectos fue el presentado por el Gobierno y defendido en Comisión por el constituyente Carlos Daniel Abello, por lo que se advierte un gran peso específico de la iniciativa gubernamental, máxime, si proponía además que el presidente presentaría una de las ternas de magistrados,

con lo cual controlaría un tercio de la nueva institución tal y como quedó en el texto final (artículo 239, inc. 2 CP). Entonces, como no se aprobó ningún articulado al respecto,⁷² se llevaron a la plenaria cuatro diferentes propuestas de los constituyentes:

- María Teresa Garcés y José María Velasco –ponentes– (origen en la Rama judicial, nombrados por misma corporación de listas del Consejo Superior de la Judicatura);
- Armando Holguín Sarria (origen preponderante en Rama Judicial, el Gobierno solo nombraba dos de los nueve magistrados);
- Carlos Daniel Abello (sistema mixto: el Senado los nombra de listas en las cuales el Gobierno proponía un tercio y la Rama Judicial dos tercios);
- Hernando Londoño Jiménez (origen en Rama Judicial: tres por la Corte Suprema, tres por el Consejo de Estado y tres por el Consejo Superior de la Judicatura).

g) Funciones del Consejo de Estado. Por unanimidad se aprobó que le compete “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”;⁷³ la redacción de este artículo es idéntica al texto final que quedó en el artículo 237, numeral 2, de la CP; sin embargo, esta facultad del Consejo de Estado no quedó incluida dentro del capítulo de “Jurisdicción Constitucional” como ocurría en la anterior Constitución. Ello quiere decir que si bien el Consejo de Estado cumple funciones de control de constitucionalidad, no es un órgano de la jurisdicción constitucional, pues, como se sabe, es la instancia máxima de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Los constituyentes Carlos Daniel Abello y Hernando Holguín Sarria presentaron sendas propuestas sobre la composición y origen de la futura Corte Constitucional.⁷⁴ El primero parte del proyecto del Gobierno y proponía nueve magistrados, elegidos por 9 años por el Senado, no reelegibles, la tercera parte de candidatos que presente el presidente de la República, las dos terceras partes por el Consejo Superior de la Judicatura; cada tres años se renovarían la tercera parte.

⁷² Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 72. Op. Cit., Acta 25.

⁷³ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 81. Op. Cit., p. 20.

⁷⁴ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 82, “Origen de la Corte Constitucional e Informe de Minoría”, 25 de mayo de 1991. p. 2.

El segundo proponía que “la primera Corte Constitucional” estaría compuesta por nueve magistrados: dos de la Corte Suprema, dos del Consejo de Estado, dos del presidente de la República, dos de la Defensoría del pueblo y uno por la Academia Colombiana de Jurisprudencia. No se señalaba el periodo.

4. PRIMER DEBATE Y APROBACIÓN EN PLENARIA

El texto definitivo de los artículos aprobados en Comisiones, y las propuestas sometidas a primer debate en plenaria aparecieron en la Gaceta No. 83, concordados según la estructura de la Constitución de 1886.⁷⁵

4.1. Informes de ponencia

4.1.1. La ponencia para primer debate en plenaria correspondió a María Teresa Garcés Lloreda,⁷⁶ y en ella realizó una presentación del texto aprobado en Comisión ya reproducido en la Gaceta No. 83, así como las propuestas que no tuvieron acuerdo, tales como: a) Origen, periodo y composición de la Corte Constitucional; b) Sobre la excepción de inconstitucional, presentó dos propuestas: una por la minoría (que a la postre se impuso), y otra por la mayoría (que obligaba a los jueces a declararla).

En su exposición de motivos justificó la aprobación de la Corte Constitucional, de la siguiente manera: i) La necesidad de una mayor especialización de los órganos que ejerzan la labor jurisdiccional, así como las salas de casación son especializadas en lo civil, penal y laboral, el derecho público adquiere mayor especificidad; ii) La necesidad de separar las labores de casación de las de control constitucional, de este modo se construirá una jurisprudencia estable y coherente sobre las normas constitucionales, en especial, sobre los estados de excepción y los derechos y las libertades; iii) Necesidad de un organismo

⁷⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 83, “Artículos aprobados y Concordados con la Constitución de 1886”, 27 de mayo de 1991. pp. 28-32.

⁷⁶ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 85, “Informe-Ponencia Sesión Plenaria. Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, Proposiciones divergentes”, 29 de mayo de 1991. pp. 12-29.

dedicado exclusivamente al control de constitucionalidad integrado por magistrados que, aunque conozcan de otras disciplinas, cuenten con una formación básica en derecho constitucional. En el tema del origen y composición de las altas cortes, defendió la propuesta de que fueran elegidos por la misma corporación de listas enviadas por el Consejo de la Judicatura, previo concurso de méritos. En los demás puntos, se limitó a exponer las diferentes propuestas.

4.1.2. De otro lado, el 3 de junio apareció publicado el texto de las normas transitorias presentadas o aprobadas en las diferentes comisiones; en lo que nos ocupa, se establecía una primera Corte Constitucional con dos diferentes propuestas: a) Una conformada por dos magistrados de la Corte Suprema de Justicia, dos por el Consejo de Estado, dos por el presidencia de la República, dos por la Defensoría del Pueblo y uno por la Academia Colombiana de la Jurisprudencia; b) Otra conformada por el presidente de la República para un periodo de cuatro años.⁷⁷ Estas propuestas no fueron votadas en la Comisión y pasaron para su debate en plenaria.

4.1.3. El constituyente Jaime Castro presentó un proyecto de acto reformativo de vigencia inmediata en el que proponía la creación de la Corte Constitucional y establecía otros lineamientos para el control de constitucionalidad.⁷⁸ El proyecto recogía, con ligeras modificaciones en la redacción, los acuerdos aprobados en la Comisión IV en cuanto a su papel, funciones y otros temas; procedimentalmente establecía plazos de dos años para ejercer la acción pública por vicios de forma, un término de sesenta días para que la Corte decidiera, y que las decisiones se tomarían con la mayoría absoluta de los integrantes de la corporación; dejaba a la ley establecer el número de magistrados, pero mientras tanto serían seis: dos elegidos por el Gobierno, dos por la Corte Suprema de Justicia y dos por el Consejo de Estado.

En su exposición de motivos expresó que había llegado el momento histórico de crear la Corte Constitucional luego de los intentos

⁷⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 88, “Disposiciones de carácter transitorio Aprobadas por las Comisiones Permanentes...”, 3 de mayo (sic), en realidad es de junio de 1991. p. 5 y ss.

⁷⁸ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 91, “Proyecto de Acto Reformatorio de Vigencia Inmediata” Por el cual se crea la Corte Constitucional”, 6 de junio de 1991. pp. 4-5.

incomprendidos de 1957, 1968 y 1979; para ello, señala tres razones que la justifican: i) La necesidad de un tribunal especializado; ii) La conveniencia de avanzar hacia el control concentrado para evitar la multiplicidad de interpretaciones; iii) La naturaleza jurídico-política del control constitucional, pues:

...cuando se verifica la constitucionalidad de un acto del Congreso, que actúa como constituyente o como legislador, o del Gobierno, que actúa como delegatario del legislador, se hace uso de un procedimiento judicial... que produce efectos judiciales, pero también es seguro que se ejerce una función de carácter político (confrontación, de acuerdo con los principios y criterios políticos del fallador, de las normas políticas, la Constitución y la ley que recogen el punto de vista de unas autoridades políticas).⁷⁹

Señaló cómo este carácter del control constitucional (su naturaleza jurídico-política) había sido recogido en todas partes en donde los tribunales, cortes, consejos constitucionales o cortes supremas son conformados con la participación del Gobierno, el Congreso y la Rama Judicial y, en cambio, en Colombia, desde 1957, en la composición de la Corte Suprema participaba únicamente la Rama Judicial (se sumaba así al proyecto del Gobierno y de los constituyentes Carlos Abello, Fernando Carrillo y Álvaro Gómez).

4.1.4. El constituyente Álvaro Gómez presentó una proposición sustitutiva en sesión plenaria del 3 de junio de 1991, en la cual proponía una corte suprema de justicia encargada de juzgar a los altos funcionarios del Estado acusados ante el Senado, integrada, a su vez, por la Corte de Casación y por la Corte Constitucional.⁸⁰ La primera se ocuparía de conocer los recursos de casación y revisión contra sentencias violatorias del derecho sustancial, y la segunda, de vigilar la supremacía e integridad de la Constitución.

4.2. Discusión

El constituyente Hernando Londoño Jiménez (opositor a la creación de una corte constitucional) presentó ante la plenaria, el 4 de junio, una

⁷⁹ *Ibíd.* p. 4-5.

⁸⁰ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 123, “Acta de Sesión Plenaria. Lunes 3 de junio de 1991”, 09 de septiembre de 1991. p. 20.

interesante y completa intervención sobre el control constitucional, sus formas (judicialismo y antijudicialismo), los diferentes proyectos presentados, las hipótesis sobre el origen del proyecto del Gobierno, la Corte Suprema de Justicia, el poder constituyente y el constituido, todo, con el fin de realizar una defensa del papel de la Corte Suprema para que continuara en cabeza del control constitucional.⁸¹

Otro opositor a la Corte Constitucional, el constituyente Jaime Fajardo Landaeta, dejó una constancia en la sesión plenaria en la cual hizo algunas consideraciones sobre la eventual creación de una corte constitucional.⁸² Señaló los vicios de la entonces Corte Suprema de Justicia, las ventajas del sistema vigente, y luego señaló (con cierta ironía) las ventajas de una corte constitucional.

4.3. Aprobación

En sesión del 7 de junio, una Subcomisión Accidental integrada por Juan Carlos Esguerra (coordinador), Jaime Castro, José María Velasco, Fernando Carrillo y Hernando Yepes sometió a consideración el articulado sobre el tema del control de constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. Después de varias intervenciones, el constituyente Jaime Fajardo Landaeta solicitó que las votaciones fueran en secreto. Solo se aprobó el inciso primero del posterior artículo 241, con 44 votos a favor, 25 en contra y 1 abstención.: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:”(subrayado fuera del original).⁸³ El resto del articulado quedó aplazado.

El 11 de junio de 1991 se volvió a someter a votación el articulado sobre la jurisdicción constitucional.⁸⁴ El inciso 1 y el numeral 1 del

⁸¹ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 97, “El Control Constitucional ante el Estado de derecho”, 13 de junio de 1991. pp. 4-8.

⁸² Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 124, “Acta de Sesión Plenaria. Martes 4 de junio de 1991”, 13 de septiembre de 1991. p. 10.

⁸³ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 134, “Acta de Sesión Plenaria. Viernes 7 de junio de 1991”, 29 de octubre de 1991. p. 3.

⁸⁴ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 131, “Acta de Sesión Plenaria. Martes 11 de junio de 1991”, 23 de octubre de 1991. p. 15.

actual artículo 241 quedó aprobado con 42 votos a favor, 3 en contra (los mismos que se habían opuesto en Comisión) y 5 abstenciones; sin embargo, llama la atención que mientras en la votación del viernes 7 de junio hubo 25 votos en contra, cuatro días después esta baja a solo 3 opositores. La menor asistencia de constituyentes a la sesión parece ser la razón. Las demás funciones de la Corte se aprobaron por mayoría con pequeñas diferencias. La función de revisión de proyectos de ley objetados por el Gobierno fue negada. En la misma sesión, el Constituyente Hernando Yepes Arcila presentó una proposición sustitutiva sobre control de constitucionalidad en la cual, nuevamente, se confiaba la guarda de la supremacía e integridad, a la Corte Suprema de Justicia.⁸⁵

En sesión del 15 de junio, la Subcomisión accidental presentó a consideración el articulado restante y se aprobaron por amplia mayoría los demás artículos sobre control de constitucionalidad. Para destacar la función de revisión de tutelas de la Corte Constitucional, fue aprobada con 45 votos a favor y solo 1 en contra. La proposición sustitutiva presentada por el constituyente Álvaro Gómez fue retirada y se aplazó la aprobación del artículo transitorio sobre la Primera Corte.⁸⁶

En general, se ratificó lo aprobado en la Comisión IV con algunos ligeros ajustes y se decidió sobre los temas que no habían tenido acuerdo en general. Entre las novedades aprobadas en primer debate de plenaria, tenemos:

- La Corte Constitucional tendrá el número impar de magistrados que determine la ley. Aquí se corrige lo aprobado en Comisión que establecía un número de nueve magistrados.
- Los magistrados serán elegidos por el Senado de la República para periodos individuales de ocho años, no reelegibles, de sendas ternas que le presenten el presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Triunfa la propuesta del Gobierno y las tesis que defendían una composición que diera

⁸⁵ *Ibíd.* pp. 26-27.

⁸⁶ Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* No. 137, “Acta de Sesión Plenaria. Sábado 15 de junio de 1991”, 12 de noviembre de 1991. pp. 3-4.

participación a las tres ramas del poder público debido al carácter jurídico-político de los fallos de control constitucional que afectarían a todo el conjunto del Estado y sus instituciones.

- En las competencias de la Corte se eliminó la palabra “definitivamente”, salvo en el caso de su decisión sobre los proyectos de ley objetados por el Gobierno; se sustituyó “atribuciones” por “funciones” y se agregaron dos nuevas: i) Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 143 de la CP (posteriormente correspondió al art. 137); y ii) Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales sobre la tutela de los derechos constitucionales (en el texto final cambia ligeramente la redacción). Esta nueva función ha sido un gran acierto, pues gracias a las sentencias de tutela y de unificación la Corte Constitucional ha podido proteger los derechos fundamentales y dar un giro muy importante en las finalidades del Estado Social de Derecho.
- En el tema procesal se introduce la participación del procurador general en todos los procesos; las acciones por vicios de forma caducan en un año; de ordinario, la Corte dispondrá de sesenta días para decidir y el procurador de treinta días para rendir concepto. En el caso de control de los decretos legislativos, el plazo ordinario se reduce en una tercera parte.
- El Gobierno no podrá dar empleo a los magistrados de la Corte Constitucional durante su periodo o durante el año siguiente a su retiro.

5. SEGUNDO DEBATE Y APROBACIÓN FINAL

Una comisión codificadora integrada por nueve constituyentes se encargó de codificar el articulado aprobado en primer debate de plenaria para llevarlo al segundo.⁸⁷ Se destaca que la propuesta presentada contenía ya una estructura muy próxima a lo que sería la nueva Constitución: se abandona el esquema de la anterior

⁸⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 113, “Codificación del Articulado de la Constitución de Colombia para Segundo Debate”, 05 de julio de 1991. pp. 2 y ss.

Constitución y se realiza una nueva redacción en títulos, capítulos y artículos, si bien, la numeración de estos últimos van a variar en el texto final.

De este modo, el tema del control de constitucionalidad aparece en el título VIII sobre la Rama Judicial, Capítulo 4 “Jurisdicción Constitucional”, mediante seis artículos (249 a 254) que recogen de manera fiel lo aprobado en el primer debate de plenaria.

5.1. Informe de ponencia para segundo debate

El informe de ponencia para segundo debate correspondió nuevamente a María Teresa Garcés, quien resumió lo aprobado en el primer debate en plenaria del cual se destaca lo relativo al número impar de magistrados que determinará la ley, el periodo de 8 años no reelegibles, la elección de los magistrados por el Senado de ternas del presidente, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, su papel de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución con la funciones ya anotadas, los temas de procedimiento constitucional e incompatibilidades e inhabilidades.⁸⁸ Como modificaciones solo propone para el caso de la Corte Constitucional que sus magistrados, al igual que los de las otras dos altas cortes, no tengan doble nacionalidad.

En las justificaciones para crear la Corte Constitucional vuelve a los argumentos anteriores ya expuestos en sus anteriores ponencias: a) Necesidad de mayor especialización de los órganos judiciales, en consecuencia, separar las funciones de tribunal de casación de las del control constitucional; b) Lograr mayor especialización en el juzgamiento constitucional, lo que traerá, a su vez, una jurisprudencia estable sobre las normas constitucionales en cuanto a las facultades de las ramas del poder, el uso de los estados de excepción y el alcance de los derechos y libertades públicas.

5.2. Discusión

El constituyente Jaime Fajardo Landaeta presentó informe a la plenaria de la ANC. Destacó el control difuso e integral realizado hasta

⁸⁸ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 115, “Ponencia para segundo debate. La Administración de Justicia”, 16 de julio de 1991. pp. 18 y ss.

el momento por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, así como los institutos de la acción pública de inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad, como rasgos propios del control constitucional colombiano y aportes al constitucionalismo moderno. Calificó como “un triunfo pírrico” la creación de la Corte Constitucional siguiendo el modelo concentrado europeo que, como había advertido, era lento y congestionado; en su parecer, el esquema de control quedó intacto y las funciones del órgano encargado fueron mejoradas en algunos casos: “...la única conquista de quienes pregonaban la necesidad de una corte constitucional, fue el nacimiento de un nombre y el cambio del origen de los nombramientos de sus componentes (sic) para satisfacer las demandas coyunturales de la actividad política”.⁸⁹ En conclusión, el sistema seguiría siendo el mismo, aunque perfeccionado, pero al precio de pasar de un control jurídico serio a un control político de coyuntura.

Sin embargo, las fuerzas a favor del cambio se habían hecho notar desde los debates en Comisión y, a esas alturas, tal declaración parecía ser más una queja o constancia para la posteridad que un documento que generara algún debate o cambio en la opinión de los constituyentes.

El avance del proceso constituyente, los acuerdos logrados y la misma premura del tiempo, hicieron que las decisiones de segundo debate fueran muy rápidas, con intervenciones muy puntuales y votaciones muchas veces en bloque, como se aprecia en el análisis de las actas de sesión. La aprobación final del texto en segunda vuelta se hizo entre el 28 de junio y el 4 de julio; se sesionó los sábados y domingos para tener todo listo en menos de una semana.

5.3. Aprobación

Llegado el momento del segundo debate y de las votaciones respectivas, se presentaron diversas intervenciones para aclarar el valor del texto aprobado en primer debate, de las proposiciones sustitutivas, de la propuesta de la Comisión Codificadora y de las votaciones en bloque o por artículo. En todo caso, se estableció que se acogería el

⁸⁹ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 111, “Informe. Del Control Constitucional”, 01 de julio de 1991. p. 24.

texto de la Comisión Codificadora en primer lugar, pero si había impugnación suficiente se considerarían las sustitutivas si las hubiere o se acudiría a lo aprobado en primer debate.⁹⁰

El 1 de julio se aprobó en segundo debate lo relativo al control de constitucionalidad. Los artículos presentados por la Comisión Codificadora que no presentaron objeciones fueron votados en bloque y aprobados por una mayoría de 50 votos a favor; aquí se encontraba, por supuesto, el artículo que creó la Corte Constitucional como el órgano encargado de velar por la supremacía e integridad de la Constitución.⁹¹ Tan solo se presentaron objeciones a dos artículos de la Comisión Codificadora; el primero, referido a la composición de la Corte (actual art. 239), en el cual se impone la propuesta sustitutiva que modificó la redacción agregando la designación de magistrados de diferentes especialidades del derecho (propuesta por Carlos Giraldo Ángel, José María Velasco, Antonio Galán, Álvaro Echeverry, Eduardo Verano de la Rosa, Armando Holguín y Diego Uribe Vargas), obteniendo 41 votos a favor; el segundo artículo fue el referido a la cosa juzgada constitucional (actual 243), en el cual impuso el texto aprobado en primer debate, sobre el propuesto por la Comisión Codificadora, con 45 votos afirmativos.

En suma, con ligeras modificaciones, la plenaria de la ANC aprobó por mayoría todo lo propuesto por la Comisión Codificadora, realizando los siguientes ajustes:

- Enumeró de nuevo los artículos, quedando lo correspondiente a la jurisdicción constitucional, entre los artículos 239 a 245.
- Introdujo un nuevo artículo, con 50 votos afirmativos (actual 240), para referirse a las inhabilidades de los magistrados de la Corte. Este artículo podría haberse incluido dentro del artículo 245, que se refiere a las incompatibilidades.
- Se hizo una importante adición al primer inciso del artículo 239, en el sentido de que: “En su integración se atenderá el

⁹⁰ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 142, “Acta de Sesión Plenaria. Segundo Debate. Viernes 28 de junio de 1991”, 21 de diciembre de 1991.

⁹¹ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 143, “Acta de Sesión Plenaria. Segundo Debate. Lunes 1 de julio de 1991”, 27 de diciembre de 1991. p. 6 y ss.

criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del derecho”.⁹² Con esto, se salvaba la objeción presentada por la oposición por medio de la cual se resaltaba que la especialidad en derecho público no era conveniente para el control de constitucionalidad, al conocer la Corte de variadas especialidades y diversos conflictos jurídicos.

- En el artículo 243, sobre efectos de los fallos, se hizo una modificación eliminando las expresiones “tendrán vigencia inmediata” y “...y su parte resolutive será publicada en el diario oficial”; en el segundo inciso se mejoró ostensiblemente la redacción.

El artículo transitorio 15 sobre la primera Corte Constitucional (art. 22 transitorio) fue aprobado por unanimidad el 3 de julio, acogiendo una propuesta sustitutiva.⁹³

6. CONCLUSIONES

Había un clima favorable a la creación de la Corte Constitucional en la ANC de 1991; esto lo demuestra la buena cantidad de proyectos que la proponían como órgano encargado del control de constitucionalidad en la respectiva Comisión IV (12 sobre 15), la mención de la Corte Constitucional en proyectos y ponencias de otras comisiones, y las votaciones logradas tanto en la Comisión como en las plenarias que respaldaron con una amplia mayoría su establecimiento.

Las fechas determinantes para la creación de la Corte Constitucional son las siguientes: el 3 de mayo de 1991 (aprobación en Comisión IV con 6 votos a favor y 3 en contra); el 11 de junio (aprobación en Plenaria, primer debate, con 42 votos a favor y 3 en contra) y el 1 de julio (aprobación en Plenaria, segundo debate, con 50 votos a favor).

⁹² Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 114, “¡Cumplimos! Constitución 1991”, 07 de julio de 1991. p. 16. También la Gaceta Constitucional No. 116, “Constitución Política de la República de Colombia”, 20 de julio de 1991, en la cual se inserta el texto corregido de la Constitución con las certificaciones de la Secretaría General.

⁹³ Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 144, “Acta de Sesión Plenaria. Segundo Debate. Miércoles 3 de julio de 1991”, 31 de diciembre de 1991. p. 9.

Entre las razones de tan amplio respaldo (realizando una mirada retrospectiva y de conjunto), contaron, sin duda, las anteriores experiencias de realizar una profunda reforma constitucional, pero que fueron frustradas por el ejercicio de un control constitucional basado, únicamente, en criterios jurídicos y que giraban alrededor del propio círculo del sistema jurídico; por ello se identificó a la Corte Suprema de Justicia como responsable de las malogradas reformas de 1977 y 1978, así como por haber asumido de manera propia el control de los actos legislativos que, en principio, no le correspondían.

A lo anterior hay que sumar el proceso mismo de convocatoria y conformación de la ANC, el cual concitó muchas ilusiones y esperanzas para un verdadero cambio caracterizado por la democracia, la apertura política y la participación; su conformación por amplios sectores progresistas vieron en la Corte Constitucional la oportunidad de instaurar un nuevo órgano que garantizara una mejor comprensión de las necesidades del pueblo y de la realidad de la nación, que velara por la garantía del orden jurídico, los derechos fundamentales, el equilibrio de los poderes y que limitara los estados de excepción, tan corrientes por aquella época.

Finalmente, la institución de la Corte Constitucional no era ajena dentro de los procesos de reforma constitucional colombiana, pues, como se observó, ya en las reformas de 1957 (Plebiscito) se había propuesto, luego, en 1968, se aprobó en primera vuelta, pero se reemplazó por la creación de la Sala Constitucional y, finalmente, en 1979 se propuso en un inicio, pero sin ningún fruto.

En la ANC los proyectos justificaban fuertemente la creación de la Corte Constitucional, basados en el criterio de la especialización; es decir, que los magistrados debían ser especialistas en derecho público para poder desarrollar una jurisprudencia que consolidaría el derecho constitucional y el control constitucional; sin embargo, esta idea fue siendo mejorada en los debates, en gran medida, gracias a la crítica acertada de quienes se oponían a la creación de la Corte Constitucional en tales términos, pues se demostró que el control constitucional requería del concurso de otras especialidades del derecho. Entonces, la especialidad quedó matizada o entendida como la dedicación exclusiva

de la Corte al control constitucional; por ello, al final se aprobó una composición de la Corte con magistrados de diferentes especialidades.

Lo anterior permitió argumentar de mejor manera la necesidad de separar las funciones del tribunal de casación (Corte Suprema de Justicia) del tribunal constitucional (Corte Constitucional), no solamente para realizar una unificación jurisprudencial más coherente en cada caso, sino, además, para obtener mejores resultados y eficiencia en su trabajo. Con todo, no se concebía la evolución posterior de irradiación del derecho constitucional hacia todas las ramas de derecho, más bien lo que se quería era una jurisdicción constitucional fortalecida, especializada, más concentrada e independiente.

Los argumentos de crear una corte constitucional sustentados en la garantía y protección de los derechos fundamentales fueron poco frecuentes, aunque el proyecto del Gobierno los defendía, en especial, en los debates de comisión IV y también algunos constituyentes como Fernando Carrillo. En general, los constituyentes estaban más concentrados y preocupados en los temas del control del orden jurídico (supremacía normativa, excepción de inconstitucionalidad, limitación de estados de excepción y orden público, equilibrio de poderes, etc.), y no tanto en la garantía de los derechos y libertades constitucionales. Esto último será lo que desarrollará la Corte cuando asuma su función garante de los derechos fundamentales, especialmente, mediante el mecanismo de los fallos de tutela y el cambio en la concepción jurídica acerca de que los derechos humanos están por encima de las leyes y las disposiciones administrativas.

Por lo anteriormente expuesto, no debe extrañar que la función de la Corte Constitucional en cuanto a revisión de tutelas fue introducido tardíamente en los debates de plenaria, pues en Comisión se le negó esta atribución (pese a ser defendida por el Gobierno) al considerarse que no pertenecía a la tradición jurídica colombiana o que era un tema resuelto en el que debía participar el defensor del pueblo, pero no la Corte. Esta situación debe analizarse a la luz de la escasa tradición del control constitucional concreto en Colombia (sobre casos) y la amplia experiencia del típico control constitucional abstracto (sobre normas genéricas).

El tema del control concentrado versus el difuso fue más esgrimido por los constituyentes que defendían que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado continuaran con las funciones de control constitucional. Para ellos, la creación de la Corte Constitucional traería inconvenientes, pues solo se concentraría el control en el órgano, mas no en la materia objeto de control; en cambio, el sistema vigente ofrecía una gran ventaja: un control desconcentrado en el órgano, pero concentrado en la materia. Mientras tanto, los defensores de la Corte Constitucional propugnaban por un control más concentrado siguiendo el modelo de los tribunales europeos en el cual se unificara la jurisprudencia constitucional en un solo órgano.

El resultado final fue la creación de un control constitucional mixto con elementos de uno y otro sistema: la Corte Constitucional adelanta un control exclusivo sobre ciertas normas (control abstracto), el Consejo de Estado lo hace sobre otras de menor jerarquía (control abstracto), y todos los jueces de la República hacen control al revisar los casos concretos de la acción de tutela (control concreto).

Finalmente, hay que destacar un argumento muy importante para justificar la creación de la Corte Constitucional: el criterio jurídico-político. Significa que el control constitucional es de naturaleza jurídico-política, y no meramente judicial; es decir, se quería una corte que supiera armonizar la realidad político-social del país con la interpretación jurídico-política de las nuevas instituciones; una Corte más política, pero no en el sentido de responder a la mayoría electoral como pregonaban los críticos. Este argumento justificó también la composición tripartita de la Corte para dar representatividad a todas las ramas del poder público, pues, debido a la naturaleza jurídico-política del control constitucional, su ejercicio afectaba por entero a todas las instituciones del Estado siendo necesario que las tres ramas del poder público concurrieran en su conformación.

En este sentido, para los constituyentes de 1991 no era una sorpresa que los fallos de la nueva Corte Constitucional tuvieran un carácter político como efectivamente sucede, quizá lo que no alcanzaron a vislumbrar fue la magnitud de los efectos de tales fallos y su impacto en la vida política, económica y social de los colombianos.

CAPÍTULO 9

LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Jorge Ricardo Palomares García*
Javier Santander**
Edgar Valdeleón***

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo de libro es resultado del proyecto de investigación titulado “Transformación de la hermenéutica constitucional e influjo de la doctrina en las sentencias de la Corte Constitucional”.¹ En concreto, él hace parte del objetivo de determinar cómo la Corte Constitucional (en adelante CortConst) ha construido sus métodos interpretativos, bien sea de determinación de contenidos, conflictualistas o de garantía de la identidad. Asimismo, este escrito es resultado del proyecto de investigación sobre los veinticinco años de vida de la CortConst.

* Abogado, magíster en Derecho, de la Universität Konstanz, Alemania. Profesor asociado al área de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre-Bogotá. Investigador asociado Colciencias del Grupo de Investigación “Estudios Constitucionales y de la Paz”, dirigido por la Dra. Liliana Estupiñán Achury, miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional (Olcc). Correo: jorger.palomaresg@unilibrebog.edu.co, jorge.palomares-garcia@hotmail.com

** Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, de la Universidad Libre. Cofundador y auxiliar de investigación del Semillero “Procesos Constitucionales y Activismo Judicial”, vinculado con el Observatorio de Intervención Ciudadana y adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Libre. Correo: santander.javier@hotmail.com

*** Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, de la Universidad Libre. Cofundador y auxiliar de investigación del Semillero “Procesos Constitucionales y Activismo Judicial”, vinculado con el Observatorio de Intervención Ciudadana y adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Libre. Correo: edgar.valdeleon@hotmail.com

¹ Aprobado por la Universidad Libre, Bogotá, mediante acto CAP-008 y con código presupuestal 11010108.

La pregunta que resuelve este escrito es: cómo la CortConst transformó, a partir de la interpretación “vicios de procedimiento”, el modelo de rigidez constitucional colombiano, reconoció límites materiales implícitos y creó un método para garantizar dicha rigidez. Esta pregunta es relevante por dos razones. La primera consiste en que, mientras los distintos ordenamientos constitucionales, correspondientes al neoconstitucionalismo, han construido un modelo de rigidez expreso —complementado con algunos elementos implícitos—, los constituyentes colombianos, así como algunos autores, han preferido mantenerse bajo una lógica clásica de rigidez constitucional, centrada solo en aspectos formales. Esta lógica, sin embargo, ha entrado en contradicción con el comportamiento judicial, especialmente por la CortConst, quien ha pensado en lógicas materiales, a través de la figura de límites competenciales.

La segunda razón se encuentra en que, si bien la CortConst ha reconocido unos límites materiales, así como un método para determinar si éstos han sido violados, no existe un criterio de *judicial restraint* claro, que permita establecer uniformidad en los razonamientos de la CortConst. En otras palabras, es difícil comprobar si la CortConst tiene lineamientos uniformes sobre cuándo se está en un examen de fondo, cuándo ante un examen de conveniencia y cuándo ante un examen de competencia.

La hipótesis que se planteó, para el método de sustitución en concreto, consiste en que, si bien es posible reconocer elementos que le son esenciales a la Constitución Política de 1991 (ConstPol), el método de sustitución de la constitución tiene ciertos componentes, que más que ofrecer certeza en la aplicación del mismo, crean dudas y, por tanto, un amplio margen de discrecionalidad judicial, el cual puede llevar a fallos contradictorios.

Para comprobar dicha hipótesis, se acudió a dos métodos hermenéuticos, propios de la dogmática constitucional. El primero de ellos consistió en la aplicación de una teoría de la agencia, denominada originalismo². Éste método tiene como objetivo determinar la significación de normas constitucionales a partir de la voluntad de

² Sager, L. *Juez y democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 44 s.

los *framers* o constituyentes. Para ello, se identificaron las normas objeto de interpretación –las referentes a reforma constitucional–, se buscaron los antecedentes constitucionales –gacetas constitucionales– y se determinó el interés prevalente que, en el caso presente, fue contar un sistema rígido procedimental, pero con una restricción de la actividad interpretativa del juez constitucional. El segundo método es la aplicación directa del método de sustitución. Para ello, se revisó cómo la CortConst, a partir de una interpretación valorativa, identificó principios esenciales en la ConstPol y construyó un sistema de siete pasos –orientados por unos criterios–. Este método se complementó, a su vez, con un ejercicio comparativo simple.

La aplicación de estos métodos permitió establecer, como se verá en el cuerpo del texto, algunos temas interesantes. El primero de ellos consiste en que la rigidez constitucional no es propia del neoconstitucionalismo, pero éste lo complementó con la inclusión de normas materiales y métodos interpretativos de las mismas. El segundo tema consiste en que el derecho colombiano ya trabajaba la rigidez constitucional con la Constitución de 1886, la cual consagraba reglas procedimentales –no materiales– de reforma agravadas. Sin embargo, con la interpretación hecha por la Corte Suprema de Justicia (en adelante CortSupJus) en la década de los 70s, se propuso, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (en adelante AsamNalConst), restringir el margen interpretativo del futuro guardián de la ConstPol. El tercer tema interesante consiste en que, si bien se logró una restricción normativa, la CortConst logró separarse de ella y reconocer límites materiales, así como un método que las garantice.

Por tanto, este capítulo está estructurado en cinco partes. La primera parte consiste en la fundamentación teórica de la rigidez constitucional, así como sus características en el constitucionalismo y en el neoconstitucionalismo. La segunda parte aborda los debates de la AsamNalConst en torno a la reforma constitucional y las implicaciones que trajeron las interpretaciones de la CortSupJus. El tercero explica cómo se consagró, inicialmente, un modelo de rigidez constitucional, regido por factores tales como las mayorías, las instituciones políticas y la participación popular. El cuarto apartado aborda cómo la CortConst

evoluciona en su comprensión de las normas de reforma y logra reconocer la existencia de límites materiales, así como un método que los protege. Finalmente, se presentarán las conclusiones.

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Parte de la literatura³ ha sostenido que el modelo de la rigidez constitucional es una característica propia del neoconstitucionalismo. Dicha afirmación se sustenta bajo el argumento de preservación de la supremacía jerárquica de la norma constitucional en el nuevo sistema de fuentes. Asimismo, esta parte de la literatura sostiene que el modelo de rigidez constitucional tiene como función garantizar el principio de conservación.

Sin embargo, si se revisa con detenimiento la evolución histórica de las constituciones, puede establecerse que el modelo de rigidez constitucional no es un concepto exclusivo del neoconstitucionalismo, sino que también existió en el constitucionalismo anterior a las guerras mundiales. El reconocimiento previo de la rigidez constitucional implicaría algunos interrogantes: a) ¿cómo se entendía en el constitucionalismo el modelo de rigidez constitucional?; b) ¿cómo se altera el entendimiento de rigidez constitucional en el neoconstitucionalismo?; y c) ¿cuáles son las implicaciones en la doctrina constitucional colombiana?

A. Origen del concepto de rigidez constitucional

El modelo de rigidez constitucional tiene su origen, de acuerdo a la literatura jurídica,⁴ en los estudios de James Bryce.⁵ Sin embargo, los análisis que se han hecho a este autor son, en cierta medida, sesgados y

³ Alduante, E. Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. En: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, No. 1, 2010. p. 83; Cruz, L. La constitución como orden de valores: reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. En: *Revista Dikaion*, Año 23, No. 18, Chía, 2009. p. 15; Prieto S, L. Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). En: *Revista Anales de la cátedra Francisco Suárez*, No. 44, 2010. pp. 468 s.

⁴ Díaz R., S. Rigidez constitucional: un concepto toral. En: Carbonel, M.; Fix-Fierro, H.; González P., L. R.; Valadés, D. *Estado constitucional, Derechos humanos, justicia y vida universitaria: Homenaje a Jorge Caprizio –Estado constitucional–*, Tomo IV, Vol. 1, Mexico, UNAM, 2015. p. 553; Guastini, R. *Elementos de teoría constitucional*. Mexico: Fontamara, 2001. p. 187.

⁵ Bryce, J. *Studies in History and Jurisprudence*, Vol. I, Oxford at the Calderon Press, 1901. pp. 145 ss.

sus críticas, por tanto, incompletas. Por ello, es necesario revisar cómo concibió Bryce la rigidez constitucional y sus alcances.

Bryce cuestiona la tipología clásica de constituciones escritas y no escritas pues, en su criterio, existe en toda constitución escrita usanzas no escritas; mientras que en las constituciones no escritas existen compilaciones de costumbres o precedentes, cuya fuerza vinculante es equivalente a la ley formal.⁶ A partir de esta crítica, Bryce define las constituciones como el marco de organización política de una sociedad a través del derecho,⁷ y establece una nueva tipología de constituciones, la cual debe regirse por unos criterios concretos:⁸ a) la forma de establecer instituciones, con funciones y derechos reconocidos; y b) la estabilidad que las comunidades sociales tienen.

Estos dos criterios le permitieron a Bryce considerar la existencia de dos tipos de constituciones. La primera de ellas es la constitución flexible. Ella se entiende como una constitución elástica, en la medida que permite ser alterada en su forma, siempre y cuando mantenga sus elementos sustanciales.⁹ La segunda es la constitución rígida, entendida como aquella que no permite alterar su contenido fácilmente, pues su estructura es dura.¹⁰

Sin embargo, el eje de esta clasificación no se ubica en el grado de dificultad de reforma, es decir, la clasificación entre flexible y rígido no corresponde simplemente a la existencia de criterios complejos o sencillos de reformar las normas constitucionales. En realidad, el eje diferenciador se ubica en la cuestión de cómo estas constituciones fueron formadas, así como la concepción política que se tiene sobre las constituciones. En esa dirección, Bryce sostiene que la correspondencia entre flexible y rígido no se ubica en si la constitución es escrita o no, sino en si la constitución tuvo un proceso de formación espontáneo o de transición dura.

⁶ *Ibid.* p. 148.

⁷ *Ibid.* p. 159.

⁸ *Ibid.*

⁹ "Constitutions of the older type may be called flexible, because they have elasticity, because they can be bent and altered in form while retaining their main features". *Ibid.* p. 154.

¹⁰ "Constitutions of the newer cannot, because their lines are hard and fixed". *Ibid.*

Las constituciones de tipo flexible tienen –de acuerdo al proceso de construcción– varias características. La primera consiste en que ellas corresponden a sociedades con constituciones antiguas –*older type*–, es decir, con cuerpos normativos, cuyo surgimiento y desarrollo han sido naturales y asimétricos, tanto en forma como en contenidos.¹¹ En otras palabras, la constitución antigua estaría compuesta por un conjunto de actos y acuerdos, establecidos en diferentes épocas, provenientes de costumbres o precedentes, pero con la misma fuerza vinculante.¹²

La segunda característica consiste en que las constituciones flexibles no hacen una distinción entre órganos creadores de normas constitucionales y órganos creadores de normas infraconstitucionales. De acuerdo a Bryce, las constituciones flexibles provienen de las mismas autoridades que producen el ordenamiento ordinario.¹³ En ese sentido, no podría hablarse de una distinción formal entre constitución y ley. Por ello, Bryce sostiene que el criterio diferenciador entre una y otra será la materia. Se entendería como constitución, en las constituciones flexibles, toda norma que determine la forma y funcionamiento del sistema político.¹⁴

La tercera característica consiste en la relación flexibilidad-estabilidad. Bryce cuestiona si una constitución flexible implica un riesgo para la estabilidad política y social,¹⁵ debido a que no existen límites a las reformas de las normas constitucionales –en cuanto autoridad o procedimiento–. Apoyado en los casos de Roma e Inglaterra, Bryce sostiene que existe una concepción errada sobre la flexibilidad. Esta concepción consiste en que ante la existencia de una constitución flexible, la sociedad se torna inestable¹⁶ y los abusos de poder pueden presentarse. El error, según él, se encuentra en pensar que existe una relación de precedencia constitución-sociedad, en vez de una relación sociedad-constitución. Una constitución flexible,

¹¹ *Ibid.* p. 149.

¹² “They consist of a variety of specific enactments or agreements of different dates, possibly proceeding from different sources, intermixed with customary rules which rest only on tradition of precedent, but are deemed of practically equal authority”. *Ibid.*

¹³ *Ibid.* p. 150.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.* p. 166.

¹⁶ *Ibid.* p. 168.

en realidad, existe en la medida en que la sociedad cuente con un balance entre las fuerzas que la soportan.¹⁷ Dicho balance se refleja, a su vez, en dos aspectos: a) las sociedades con constituciones flexibles se caracterizan por tener un temperamento conservador, con un alto respeto —*respect of imitative or philosophical minds*— por los precedentes y las ideas de sus antecesores,¹⁸ así como por la evolución histórica de las instituciones¹⁹; y b) los cambios constitucionales producidos en las constituciones flexibles responden a un principio de elasticidad y no alterabilidad. Ello significa que los cambios que se realizan en una constitución respetan el marco esencial de la misma, son de carácter excepcional en virtud de una emergencia y, una vez finalice ésta, se retorna a la idea original de constitución.²⁰

La cuarta característica es la relación entre la constitución flexible y la aristocracia. Bryce sostiene que las constituciones flexibles son ideales en aquellas sociedades de carácter aristocrático. Sin embargo, él entiende por aristocracia, no un grupo de personas nobles o con posesiones, sino un grupo de personas con un alto grado de educación y cualidades²¹ —consciencia de su libertad y del respeto a las normas que limitan la misma, así como conocimiento del aparato social—. Esta característica se debe a que la producción normativa constitucional se encuentra en el aparato representativo —el Parlamento—. Si este aparato no cuenta con un grupo selecto de personas, las decisiones del mismo estarían sujetas a factores, no reflexivos²², sino coyunturales o emocionales, y los controles institucionales —*system of checks*— que debe ejercer el mismo no serían efectivos.²³

En cuanto a las constituciones rígidas, Bryce ofrece las siguientes características. La primera de ellas consiste en su origen. De acuerdo a Bryce, las constituciones rígidas corresponden —en la época— a

¹⁷ “The stability of any constitutions depend not so much on its form as on the social and economic forces that stand behind and support it; and if the form of the constitutions correspond to the balance of those forces, their support maintains it unchanged”. *Ibíd.* p. 166.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.* p. 168.

²⁰ *Ibíd.* pp. 168 ss.

²¹ *Ibíd.* pp. 179 s.

²² *Ibíd.* p. 182.

²³ *Ibíd.* pp. 182 ss.

sociedades recientes —*newer type*—, las cuales surgieron por los deseos ciudadanos²⁴ de reconfigurar su orden político, de reconocer nuevos derechos y garantizarlos, así como de separarse de un régimen preexistente o de conformar, con otras comunidades, una unión. La segunda característica consiste en que esos deseos se concretan en un documento único, el cual puede surgir en diferentes modalidades —otorgamiento monárquico, decisión directa, tratados o acuerdos federativos—. ²⁵

La tercera característica consiste en que, a diferencia de las constituciones flexibles, las constituciones rígidas se caracterizan por desarrollar una distinción de autoridad y de jerarquía. Por una parte, las constituciones rígidas distinguen entre la autoridad que crea la constitución y la autoridad actúa conforme a la constitución, así como entre la norma constitucional y las normas legales.²⁶ Por otra parte, tanto las autoridades como las normas se rigen por una relación jerárquica en la cual la autoridad que crea la constitución, así como la constitución, gozan de superioridad jerárquica respecto a la autoridad que expide las leyes y éstas en concreto.²⁷

La cuarta característica consiste en la existencia de métodos especiales de modificación constitucional,²⁸ que pueden ser de carácter personal o de carácter procedimental. Desde la perspectiva personal, la reforma constitucional puede delegarse al órgano legislativo —con condicionamientos—, a un órgano autónomo o al pueblo directamente.²⁹ Desde la perspectiva procedimental, pueden existir mecanismos especiales, tales como mayorías cualificadas, disolución parlamentaria, procedimientos especiales, o acciones populares, como el plebiscito.³⁰

²⁴ Ibid. p. 201.

²⁵ Ibid. pp. 203 s.

²⁶ Ibid. p. 151.

²⁷ “When any of its provisions conflict with a provision of the ordinary law, it prevails, and the ordinary lay must give way”. Ibid.

²⁸ Ibid. p. 207.

²⁹ Ibid. pp. 201 ss.

³⁰ Ibid. p. 214.

La quinta característica, ligada a la anterior, consiste en el cambio constitucional que permite la constitución rígida. Mientras que las constituciones flexibles se rigen por el criterio de elasticidad, las constituciones rígidas, no. Ello significa, por una parte, que los cambios sociales, no previstos por la autoridad creadora de la constitución, presentarán una tensión entre el cambio y la norma constitucional.³¹ Dicha tensión, por otra parte, podría ocasionar conflictos sociales indeseados –por ej., la abolición de la esclavitud–.³²

B. La rigidez constitucional en el neoconstitucionalismo

La siguiente pregunta a resolver consiste en si el neoconstitucionalismo recoge la rigidez constitucional de Bryce y le da un nuevo significado, o si los lineamientos establecidos por este autor permanecen iguales. Asimismo, es necesario preguntarse por qué la rigidez constitucional, que es anterior a la figura del neoconstitucionalismo, se entiende como una característica esencial a ésta.

Si se revisa parte de la literatura, bien que haga referencia al concepto de neoconstitucionalismo o bien de quienes abordan la rigidez a través de los procedimientos constitucionales posguerra, no existe una referencia directa a la obra de Bryce –salvo Díaz y Guastini–. Algunos autores reconocen que la rigidez constitucional no es un modelo propio del neoconstitucionalismo³³, sino del constitucionalismo decimonónico, sin referirse a este autor. Ello podría significar, hipotéticamente, que pese a la preexistencia de la rigidez constitucional en épocas anteriores a las guerras mundiales, la forma de concebirla en la época de la posguerra es de tal forma que un parangón con Bryce no sería posible. Esto implica, necesariamente, la revisión de dos aspectos: a) el epistemológico, es decir, cómo está construido este concepto en el neoconstitucionalismo, a través de su significado esencial y sus elementos constitutivos; y b) el elemento axiológico, es decir, la razón de ser o naturaleza de la rigidez constitucional en el neoconstitucionalismo.

³¹ *Ibíd.* pp. 221 ss.

³² *Ibíd.* pp. 224 ss.

³³ Aldunate, E. 2010. *Op. Cit.*, p. 86.

Desde el aspecto epistemológico, la literatura es unánime al entender por rigidez constitucional el grado de dificultad que presenta una constitución, para que ésta sea modificada por vía de legislador ordinario.³⁴ Esta definición, en principio, se aproxima a la concepción que ofrece Bryce sobre la rigidez constitucional. Asimismo, si se revisan sus elementos constitutivos, pareciese existir también una identidad entre la literatura neoconstitucionalista y Bryce. Por ejemplo, gran parte de los autores reconocen elementos subjetivos,³⁵ tales como la existencia de otros órganos encargados de la reforma —el pueblo directamente o un órgano especial—, así como reglas procedimentales especiales³⁶ de iniciativa, reforma y control.

Sin embargo, en el neoconstitucionalismo, la rigidez constitucional adquiere un elemento fundamental, no previsto en la obra de Bryce. Es la inclusión de límites materiales expresos al agente de reforma. Las constituciones que surgen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se caracterizan por imponer a los poderes públicos, entre ellos el de reforma, asuntos no reformables que corresponden, bien a principios configuradores del Estado mismo, o bien a garantías individuales, tales como los derechos fundamentales. Por ejemplo, el art. 79 inc. 3 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (en adelante GG, por su abreviación de *Grundgesetz*) establece que son inconstitucionales aquellas reformas que alteren el principio de federación —organización de la federación en *länder*, así como la participación de éstos en la legislación—, la dignidad humana, los derechos fundamentales, el principio democrático, la soberanía popular y el Estado de derecho.³⁷ Asimismo, el art. 139 de la Constitución italiana excluye la forma de república italiana de los asuntos objetos de reforma —revisión— constitucional.³⁸

³⁴ Díaz R, S. 2015. Op. Cit., p. 557; Guastini, R. 2001. Op. Cit., p. 185; Prieto S, L. 2010. Op. Cit., p. 468.

³⁵ Díaz R., S. 2015. Op. Cit., pp. 570 s; Guastini, R. 2001. Op. Cit., p. 193.

³⁶ Díaz R., S. 2015. Op. Cit., pp. 571 ss; Guastini, R. 2001. Op. Cit., pp. 189 ss.

³⁷ Art. 79 Abs. 3 GG, eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, sin unzulässig.

³⁸ Art. 139 Costituzione italiana, la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale.

Estos mandatos expresos se complementan, a su vez, con el desarrollo de los límites inmanentes³⁹ de las constituciones. Si bien, Bryce ya hacía mención a estos a través de la expresión *main features*, el neoconstitucionalismo los concretó a través de la teoría de la identidad constitucional. Esta teoría sostiene, básicamente, que el poder constituyente derivado no puede alterar la constitución de forma tal que se obtenga una nueva constitución, totalmente diferente a la anterior.⁴⁰ El problema consiste, sin embargo, en determinar qué es lo que hace a una constitución esa, y no otra. En algunos casos, el problema se resuelve cuando las constituciones tienen mandatos expresos de limitación material; mientras que en otros el problema se resuelve a través de un ejercicio interpretativo complejo.

En el derecho alemán, por ejemplo, la identidad constitucional se asimila directamente a los principios garantizados en el art. 79 inc. 3 GG. En el caso *Abhörurteil*, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante BVerfG, por su abreviación de *Bundesverfassungsgericht*) sostuvo que la redacción del art. 79 inc. 3 GG debe entenderse como la regla de excepción a la actividad de reforma a cargo del legislador, sin que ello implique que a éste no le esté permitido modificar, a través de la respectiva ley de reforma, principios constitucionales elementales inmanentes⁴¹ no reconocidos en el art. 79 inc. 3 GG. Estos principios, a su vez, son los que definen la identidad de la constitución y, por tanto, su alteración corresponde al poder constituyente. En el caso *Lissabon*, el BVerfG sostuvo que el poder constituyente no distribuyó en ningún representante u órgano constitucional, la competencia de

³⁹ Flores, I. B. Sobre los límites de las reformas constitucionales: a propósito de tres acciones de inconstitucionalidad recientes. En: *Estudios en Homenaje a Fix-Zamudio*, p. 845; Oyarte M, R. Límite y limitaciones al poder constituyente. En: *Revista chilena de Derecho*, No. especial, 1998. p. 78.

⁴⁰ Oyarte M, R. 1998. Op. Cit., p. 78.

⁴¹ BVerfGE 30, 1 (25): "Die mit der Formulierung des Art. 79 Abs. 3 GG verbundene Einschränkung der Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers muss bei der Auslegung um so ernster genommen werden, als es sich um eine Ausnahmenvorschrift handelt, die jedenfalls nicht dazu führen darf, dass der Gesetzgeber gehindert wird, durch verfassungsänderndes Gesetz auch elementare Verfassungsgrundsätze systemimmanent zu modifizieren. In dieser Sicht gehört der aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbare Grundsatz, dass dem Bürger ein möglichst umfassender Gerichtsschutz zur Verfügung stehen muss, nicht zu den in Art. 20 GG „niedergelegten Grundsätzen“; er ist in Art. 20 GG an keiner Stelle genannt. Art. 19 Abs. 4 GG, der eine Rechtsweggarantie in diesem Sinne enthält, ist also durch Art. 79 Abs. 3 GG einer Einschränkung und Modifizierung durch verfassungsänderndes Gesetz nicht entzogen“.

disponer de los elementos de identidad constitucional, es decir, que ningún órgano constitucional tiene la competencia de modificar los principios reconocidos en el art. 79 inc. 3 GG.⁴²

Desde el aspecto axiológico, el neoconstitucionalismo descarta el análisis de la constitución flexible, y se orienta en la pregunta por qué es necesaria la existencia de un modelo de rigidez en una constitución. El análisis de este interrogante lleva al neoconstitucionalismo a dos respuestas, ya abordadas por Bryce. La primera consiste en que un sistema de rigidez garantiza, efectivamente, la supremacía jerárquica, tanto del órgano expedidor de la constitución, como de la norma constitucional en concreto.

La segunda es la prevención de cambios arbitrarios en las normas e instituciones constitucionales⁴³ que permitan el ascenso de regímenes totalitarios o revivir la experiencia del Tercer *Reich*. Sin embargo, esta respuesta fue ampliada en el neoconstitucionalismo. Tanto la redacción de las nuevas constituciones, así como los jueces constitucionales y la literatura neoconstitucionalista, sostienen que las reformas no solo son llevadas a través de actos formales de reforma, sino también a través de leyes que, a pesar de corresponder a una jerarquía inferior a la constitución, la reforman. Por ello, ciertas constituciones han creado las obligaciones de claridad –*Klarstellung*– y de incorporación –*Inkorporation*–.

La primera consiste en que toda ley o acto de reforma debe expresar con claridad que la intención de dicho acto es la reforma de la constitución, así se evita que a través de leyes ordinarias, actos de estado de excepción o disposiciones jurídicas infralegales, cambien

⁴² BVerfGE 123, 267 (344), “Die verfassungsgebende Gewalt hat insofern den Vertretern und Organen des Volkes kein Mandat erteilt, über die Verfassungsidentität zu verfügen. Keinem Verfassungsorgan ist die Kompetenz eingeräumt, die nach Art. 79 Abs. 3 GG grundlegenden Verfassungsprinzipien zu verändern”.

⁴³ Esto es explicado por el BVerfG, en el caso *Abhörurteil*. Según él Art. 79 Abs. 3 GG als Schranke für den verfassungsändernden Gesetzgeber hat den Sinn, zu verhindern, dass die geltende Verfassungsordnung in ihrer Substanz, in ihren Grundlagen auf dem formal-legalistischen Weg eines verfassungsändernden Gesetzes beseitigt und zur nachträglichen Legalisierung eines totalitären Regimes missbraucht werden kann”. BVerfGE 30, 1 (24).

implícitamente⁴⁴ los contenidos esenciales, sin tener en cuenta las reglas procedimentales y los límites sustanciales.⁴⁵

La obligación de incorporación consiste, a su vez, en que todo acto de reforma debe incluirse en el texto constitucional, bien sea a través de la inclusión del nuevo artículo que reemplaza o completa el artículo reformado, o bien desde la enunciación expresa de derogación.⁴⁶ Esta regla impide que mediante remisiones extranormativas —que, en principio, estarían prohibidas—,⁴⁷ se rompa con la unidad de la norma constitucional.

En síntesis, si bien el neoconstitucionalismo mantiene los lineamientos generales de Bryce sobre las constituciones rígidas y flexibles, aquel trae modificaciones importantes en las dimensiones epistemológicas y axiológicas, reflejadas en la creación de límites materiales y restricciones especiales sobre los actos de reforma.

C. Concepto, funciones y tipología

A partir de los lineamientos establecidos por Bryce y los avances propuestos por el neoconstitucionalismo, se podría entender que la rigidez constitucional consiste en la restricción impuesta a los poderes derivados para reformar la constitución. Las funciones esenciales de dicha restricción son la concreción del principio de conservación y la defensa de la supremacía de la norma constitucional.

Por principio de conservación se entiende la función de todo ordenamiento jurídico de conservar los principios esenciales de la arquitectura social y estatal,⁴⁸ así como de establecer reglas concretas de transformación de dicho ordenamiento jurídico.⁴⁹ Por supremacía de la

⁴⁴ Sachs, Art. 79: Änderung des Grundgesetzes, en Sachs, Grundgesetz Kommentar, Alemania, 2014, p. 1633.

⁴⁵ Pieroth, B. Art. 79: Änderung des Grundgesetzes, en Jarass; Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, Alemania, 2012. pp. 874 s. Asimismo, el derecho colombiano ha sostenido que, en la vigencia de estados de excepción, no le es permitido reformar el régimen constitucional. CortConstSC 179/1994.

⁴⁶ Pieroth, B. 2012. Op. Cit., p. 875.

⁴⁷ Bryce, B. Art. 79 GG: Änderung des Grundgesetzes, en Bryce, Otto, Grundgesetz Kommentar, 2012, Alemania. p. 198; Pieroth, B. 2012. Op. Cit., p. 875; Sachs. 2014. Op. Cit., p. 1633.

⁴⁸ Bryce, J. 1901. Op. Cit., p. 221.

⁴⁹ Rüthers, B.; Fischer, C. Rechtstheorie, Alemania, C. H. Beck, 2010. p. 56.

norma constitucional se entiende, por un lado, que las constituciones son las normas configuradoras del orden estatal⁵⁰ y, por otro lado, gozan de un rango superior *per relationem* a las demás disposiciones jurídicas.⁵¹

La restricción impuesta a los poderes públicos no es, a su vez, única. Según la experiencia constitucional e histórica de los Estados, cada uno de ellos ha establecido en sus normas constitucionales distintos tipos de restricciones, bien sea de tipo procedimental, o bien de tipo material. Por ello, la literatura ha establecido distintas clasificaciones que tratan de explicar las implicaciones de las diferentes restricciones.

Por ejemplo, algunos autores centran sus clasificaciones en el carácter procedimental, en especial, en el agente competente para la realizar las reformas constitucionales. Así, algunos autores clasifican las constituciones, en materia de reforma, según la imposición que establecen éstas para que las reformas sean ejecutadas, bien por el agente creador –poder constituyente primario–, o un agente reformador autónomo a las instituciones constitucionales reconocidas, o bien por la institución constitucionalmente reconocida, pero con reglamentación diferenciada al proceso legislativo ordinario.⁵² Otros autores construyeron clasificaciones a partir de cada uno de los elementos constitutivos de la rigidez constitucional.⁵³ Clasifican, por tanto, las distintas constituciones a partir de la iniciativa de reforma, de los procedimientos de revisión y de aprobación, así como de los controles.

Otros autores han construido una clasificación más global y sostienen que la tipología de las constituciones depende, más que del sujeto o el criterio procesal, del grado de complejidad –en conjunto– de las normas que restringen la reforma constitucional.⁵⁴

⁵⁰ Rüthers, B.; Fischer, C. 2010. Op. Cit., p. 154.

⁵¹ Alaez, B. Supremacía y rigidez constitucionales: A propósito del libro *La rigidez de las constituciones escritas*, de Alessandro Pace y Joaquín Várela, y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996 en la Universidad de Oviedo. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, No. 47, Mayo-Agosto, 1996. p. 375.

⁵² Bryce, J. 1901. Op. Cit., pp. 210 ss.

⁵³ Díaz R., S. 2015. Op. Cit., pp. 570 ss.

⁵⁴ Guastini, R. 2001. Op. Cit., p. 189.

En ese sentido, podrían encontrarse: a) constituciones rigidísimas, las cuales se caracterizan por tener una omisión constitucional respecto a la reforma constitucional, o por contener reglas de reforma tal que su *praxis* es improbable; b) constituciones rígidas o garantizadas,⁵⁵ caracterizadas por contener, además de normas formales de control, cláusulas pétreas y sistemas de control de legitimidad de los actos de reforma; c) constituciones semiflexibles o no garantizadas,⁵⁶ entendidas como aquellas que consagran restricciones de carácter procedimental, mas no un sistema de control de legitimidad de los actos de reforma; y d) constituciones flexibles, caracterizadas por darle un tratamiento igualitario a los actos de reforma y a las leyes ordinarias.

D. Interpretación del modelo de rigidez y de sus cláusulas

Tanto el concepto como la tipología de modelos de rigidez constitucional arrojan, sin embargo, un interrogante. Él consiste en cómo deben interpretarse las cláusulas de reforma, a fin de garantizar que las restricciones impuestas por el poder constituyente primario sean respetadas. Dicho interrogante se ha abordado desde dos ópticas. La primera de ellas consiste —como ha sido la tendencia en la teoría constitucional— en abordar la cuestión del sujeto competente para interpretar las normas constitucionales sobre reforma; mientras que la segunda ha consistido, según el tipo de constitución rígida, en determinar un método interpretativo.

1. Sujeto competente de interpretación

En su análisis sobre rigidez constitucional, Bryce sostuvo que, en principio, una constitución rígida debería caracterizarse por una redacción adecuada, que contenga lo esencial y deje los detalles menores en manos de los agentes ejecutores de la reforma.⁵⁷ Sin embargo, como el mismo autor lo sostiene, la afirmación anterior corresponde a una situación hipotética, cuya realización es difícil. Ello se debe a que el constituyente primario pudo incurrir en omisiones

⁵⁵ *Ibíd.* p. 194.

⁵⁶ *Ibíd.* p. 193.

⁵⁷ “A well-draw Rigid constitution will confine itself to essentials, and leave many details to be filled in subsequently by ordinary legislation and by usage”. Bryce, J. 1901, *Op. Cit.*, p. 228.

constitucionales⁵⁸ o en lagunas constitucionales que ofrecen varias interpretaciones y, por tanto, impiden una aplicación directa de las disposiciones de reforma.⁵⁹

Esta situación se resuelve, a partir de Bryce, a través de dos variables. La primera consiste en las acciones que tienen los agentes de reforma, las cuales pueden ser:⁶⁰ el sometimiento concreto a las restricciones –y por tanto un ejercicio de abstención de reforma–, el ejercicio de reformar las restricciones –que implica el problema de saber cómo reformar– y el ejercicio de interpretación extensiva –la cual es considerada por el autor como un eufemismo de evasión constitucional–.

La segunda variable consiste en no pensar en las vías de acción de los agentes de reforma, sino en considerar un agente autónomo, que determine cuál es el contenido y alcance de la norma constitucional –bien sea de reforma o de otro tipo–. Dicho agente, salvo en las sociedades donde exista una consciencia fuerte de respeto y continuidad de las normas constitucionales, es el juez, especialmente, el juez de cierre.⁶¹ La razón de ser se encuentra en el peligro potencial que implica dejar en manos de una autoridad ejecutora de un mandato constitucional –en este caso de reforma– la autoridad de definirse a sí misma.⁶²

Esta segunda variable la asumieron los teóricos del neoconstitucionalismo y la reforzaron con el argumento de garantía de supremacía de la norma constitucional. Según estos autores, el valor de fuente normativa superior de la norma constitucional, así como su carácter rígido, no tendría eficacia alguna si los poderes constituidos –y sus respectivas normas– tuviesen la capacidad de interpretar y aplicar la constitución a su criterio.⁶³ Por ello, sostienen los teóricos neoconstitucionalistas y la *praxis* constitucional, es necesaria la creación de un cuarto poder cuya competencia fundamental sea la garantía de las normas constitucionales, mediante la determinación de sus contenidos y alcances. Dicho poder es el juez constitucional,

⁵⁸ Ibid. p. 228.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid. pp. 228 s.

⁶¹ Ibid. p. 229.

⁶² Ibid. p. 232.

⁶³ Prieto, S. L. 2010. Op. Cit., pp. 466 s.

quien empleará métodos interpretativos constitucionales propios –no legales– y determinará cuándo una disposición infraconstitucional contraría la norma constitucional.

Como ejemplo, puede enunciarse el caso Jaime Enrique Lozano v. CongRep (Ley 5 de 1992).⁶⁴ En él se demandaba, entre otros, el art. 219 de la Ley 5 de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes (en adelante LRegCong). En especial, se demandaba la expresión con la máxima autoridad que ejerce el CongRep para reglamentar –intérprete auténtico– los asuntos referentes a las reformas constitucionales. La CortConst sostuvo, en este caso, que el CongRep no es el intérprete auténtico de la ConstPol pues, por una parte, sus actuaciones están sometidas a la compatibilidad constitucional según el art. 4 inc. 1 ora. 2 ConstPol y, por otra parte, la ConstPol otorgó, a través del art. 241 ConstPol, competencia exclusiva a la CortConst para interpretar auténticamente la ConstPol.⁶⁵

2. Métodos de interpretación

La segunda cuestión en torno a la interpretación consiste, básicamente, en cómo deben entenderse las restricciones impuestas por el constituyente primario en materia de reforma constitucional. Este interrogante es, sin embargo, un tanto complejo, pues aborda dos aspectos concretos. El primer aspecto consiste en que las normas de reforma no gozan de un tratamiento similar a las demás normas constitucionales –materiales y orgánicas–. Las normas de reforma reglamentan el ejercicio de una competencia excepcional –poder constituyente derivado– que goza, en cierto sentido, de un margen de configuración mayor que el simple poder constituido. El segundo aspecto consiste en que la rigidez constitucional, como se mencionó anteriormente, no está compuesta únicamente por normas de trámite de reforma, sino también por límites materiales expresos y límites materiales implícitos.

⁶⁴ CortConstSC 386/1996.

⁶⁵ *Ibíd.*

Por ello, la interpretación de las normas de reforma, además de ser especial, requiere un trato diferenciado. Este trato consiste en la distinción entre las normas de mero trámite legislativo y los límites materiales —expresos o implícitos—.

a. Interpretación de las normas de trámite

Si se está ante normas de trámite, ellas deberían ser vistas bajo un sistema de dos pasos. El primer paso es establecer si la norma de trámite es plenamente clara o implica una acción procedimental pacífica. Si se está ante esta situación, las normas de reforma deberán leerse con la mayor rigurosidad —literalidad— posible. Por ejemplo, en el derecho colombiano no procede discusión en torno a la iniciativa legislativa del CongRep para reformar la ConstPol —art. 375 inc. 1 ConstPol— ni el tiempo en que debe realizarse la reforma constitucional —art. 375 inc. 2 ora. 1 ConstPol—.

Si, por el contrario, no se está ante una norma clara de trámite, sino que ésta ofrece un cierto grado de ambigüedad —o de discrecionalidad interpretativa—, debe acudir al segundo paso. Éste consiste en realizar una interpretación de la norma que garantice el ejercicio democrático. Ello significa que las acciones de reforma constitucional son un ejercicio del pueblo, bien directamente, o bien mediante sus representantes y, por tanto, restringir su participación, a través de interpretaciones literalistas, podría constituir una vulneración al principio democrático. Ejemplo de ello es el caso *Gloria Inés Ramírez v. CongRep* (arts. 1, 2 y 3 Acto Legislativo 01/2001).⁶⁶ En él, la CortConst se preguntaba cómo interpretar el art. 375 inc. 3 ConstPol que establece que en el segundo período solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primer período. Para resolverlo, la CortConst sostuvo que el art. 375 inc. 3 ConstPol debe interpretarse de forma tal que garantice el principio democrático y la dinámica parlamentaria, la cual perfecciona, progresivamente, las iniciativas presentadas y discutidas ante el CongRep, mediante ajustes, complementos y demás.⁶⁷ A partir

⁶⁶ CortConstSC 614/2002.

⁶⁷ CortConstSC 614/2002. Según la CortConst, “Pero cuando esas modificaciones obran sobre iniciativas previamente discutidas y aprobadas, son constitucionalmente admisibles como expresión del principio democrático y de la necesaria y deseable dinámica del debate parlamentario que

de este criterio, la CortConst sostuvo que el término “iniciativas” hace referencia a la posibilidad que tiene el legislador de discutir, modificar o retomar toda propuesta hecha desde el inicio de los debates parlamentarios, bajo dos límites concretos:⁶⁸ a) no se pueden proponer nuevos temas no previstos en el primer período y b) no puede alterarse la esencia de la propuesta de reforma constitucional.

b. Interpretación de los límites materiales

Los límites materiales no pueden interpretarse del mismo modo que las normas procedimentales. Ello se debe a que no hay una mera cuestión de cómo hacer, sino de poder hacer. Asimismo, cuando se está ante normas expresas, los límites materiales consagran una terminología compleja, compuesta no solo por mandatos diferentes, sino también por principios, cuya concreción requiere un ejercicio interpretativo especial.

Ejemplo de ello son los derechos constitucionales alemán e italiano. En el primero, el art. 79 inc. 3 GG establece que serán inconstitucionales todas aquellas reformas que turben –o alteren– el Estado federado, así como los principios esenciales consagrados en los art. 1 y 20 GG; mientras que el art. 139 de la constitución italiana consagra que la forma republicana no podrá ser objeto de reforma constitucional. Ante estas normas surgen dos interrogantes: a) ¿qué significa que una reforma turbe o altere un principio? y b) ¿la prohibición de reformar –turbar o alterar– implica una restricción absoluta para el poder de reforma?

La respuesta a estos interrogantes ha sido planteada en sendos ordenamientos de forma similar. Tanto en el derecho alemán como en el derecho italiano se ha sostenido que reformar, turbar o alterar, significa la reforma de los contenidos esenciales –o núcleo esencial– del principio protegido. La Corte Costituzionale, por ejemplo, sostuvo

permite que las decisiones respondan a la ilustración de juicio que se va acumulando a lo largo del proceso y a la participación creciente de la colectividad, de manera que esas mayores ilustración y participación se traduzcan en el perfeccionamiento de las iniciativas, modificando, adicionando o suprimiendo los textos que se han ido elaborando, en orden a lograr, como resultado final, una norma que resulte satisfactoria, fruto de un proceso democrático amplio, participativo y reflexivo”.

⁶⁸ CortConstSC 614/2001.

que la constitución italiana contiene algunos principios fundamentales que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial, ni por una ley de reforma constitucional ni por otro tipo de leyes constitucionales.⁶⁹ El BVerfG estableció, a su vez, que el art. 79 inc. 3 GG consagra una prohibición de renuncia de los principios reconocidos –expresamente– en la Constitución. Asimismo, dicha renuncia se encuentra en el término turbar, el cual opera cuando, en una revisión general, puede establecerse –de manera evidente– que el principio reconocido fue modificado en su esencia.⁷⁰ La diferencia entre los dos ordenamientos radica, sin embargo, en que el derecho constitucional italiano reconoce principios inmanentes, los cuales no gozan de prohibición expresa, pero sí de la misma garantía que la forma republicana y, por tanto, constituye una restricción al poder de reforma constitucional.⁷¹

El interrogante que surge, entonces, consiste en cómo se establece que el principio fue alterado en su contenido esencial. Para ello, se ha sostenido que la determinación de un cambio en la esencia del principio protegido, requiere de un ejercicio comparativo –*Verfassungsvergleichung*–. El objetivo de esta comparación es establecer si la reforma constitucional implica variaciones en las formas de concreción de la norma reformada y de la norma reformadora.⁷²

Esta comparación requiere, sin embargo, un ejercicio interpretativo preliminar de carácter sistemático que permita comprobar el carácter

⁶⁹ Corte Costituzionale, Sentenza 1146/1998: “La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali”.

⁷⁰ BVerfGE 30, 1 (24): “Die Vorschrift [Art. 79 Abs. 3 GG] verbietet also eine prinzipielle Preisgabe der dort genannten Grundsätze. Grundsätze werden „als Grundsätze“ von vornherein nicht „berührt“, wenn ihnen im allgemeinen Rechnung getragen wird und sie nur für eine Sonderlage entsprechend deren Eigenart aus evident sachgerechten Gründen modifiziert werden. Die Formel, jene Grundsätze dürfen „nicht berührt“ werden, hat also keine striktere Bedeutung als die ihr verwandte Formel in Art. 19 Abs. 2 GG, wonach in keinem Fall ein Grundrecht „in seinem Wesensgehalt angetastet“ werden darf”.

⁷¹ Corte Costituzionale, Sentenza 1146/1998: “Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”. Véase también Guastini, R. 2001, Op. Cit., pp. 199 ss.

⁷² Bryde, B. 2012. Op. Cit., p. 206.

de unidad. En el caso *Südweststaat*, el BVerfG sostuvo que una disposición constitucional no puede ser aislada e interpretada de forma independiente, pues ella solo significa a partir de su relación con otras disposiciones constitucionales, las cuales constituyen una unidad.⁷³ Dentro de esas disposiciones se encuentran, a su vez, principios y reglas fundamentales que subordinan otras disposiciones constitucionales.⁷⁴ Por ello, sostuvo posteriormente el BVerfG, en el caso *Abhörurteil*, es necesario que toda disposición constitucional –especialmente cuando proviene de una reforma constitucional– sea interpretada de forma tal que ella sea compatible con la GG y con su ordenamiento esencial.⁷⁵

En síntesis, si bien el modelo de rigidez constitucional tiene su origen antes del neoconstitucionalismo, su concepción se ha ampliado. Dicha ampliación implicó cambios en los elementos presentados por Bryce, especialmente, en materia de reglas de restricción –que pasan del carácter formal al material–, guardia de la identidad constitucional –jueces constitucionales– y métodos de interpretación. Estos criterios nos permitirán comprender: a) cómo fue concebido el modelo de rigidez constitucional en el proceso constituyente de 1991 y b) si la CortConst mantuvo los criterios concebidos por el constituyente primario o no, y si la evolución de la jurisprudencia constitucional –que desarrolla los criterios de rigidez– es compatible con la fundamentación teórica presentada.

EL MODELO DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO CONSTITUYENTE COLOMBIANO

El estudio sobre mecanismos de reforma constitucional, así como el modelo de rigidez constitucional, estuvo a cargo de la Comisión Primera de la AsamNalConst. Ella propuso que la Constitución

⁷³ BVerfGE 1, 14 (32).

⁷⁴ BVerfGE 1, 14 (32): “Eine einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Sie steht in einem Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit darstellt. Aus dem Gesamthalt der Verfassung ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind”.

⁷⁵ BVerfGE 30, 1 (19): “Eine Verfassungsvorschrift darf nicht allein aus ihrem Wortlaut heraus isoliert ausgelegt werden. Alle Verfassungsbestimmungen müssen vielmehr so ausgelegt werden, dass sie mit den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes und seiner Wertordnung vereinbar sind”.

pudiese modificarse a través del acto legislativo, el referendo y la asamblea constituyente,⁷⁶ a fin de ampliar los mecanismos de participación democrática directa, de origen popular o institucional y con trámite ante el CongRep.⁷⁷

Dicha propuesta se fundamentó en dos argumentos. El primero, de carácter histórico, consistió en la capacidad de mantener vigente el ordenamiento colombiano, sin caer en mayores traumatismos. En la Comisión Primera se sostuvo que la intención del constituyente de 1886 fue otorgarle al CongRep un margen de reforma —en la extensión y medida que deseara— que “le garantizó al país la posibilidad de reformas, las cuales pudieron surtirse normalmente dentro de la emulación patriótica de los partidos para alcanzar el adecuado funcionamiento de las instituciones y fortalecer el imperio de la ley”.⁷⁸ El segundo argumento consistió en la transformación del modelo de rigidez. De acuerdo a la Comisión Primera, la Constitución de 1886 consagraba un sistema rígido, pues ella solo podía modificarse por el CongRep y por un solo mecanismo con mayorías aprobatorias altas. Sin embargo, la Constitución de 1886 era, en la práctica, flexible, pues existía cierta facilidad de conformar mayorías políticas para aprobar una reforma. Asimismo, la Constitución de 1886 no consagraba límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado.

Por otra parte, la Comisión Primera analizó la intervención de la CortSupJus y su control sobre las reformas constitucionales.⁷⁹ A pesar de no tener taxativamente la competencia constitucional de control, la CortSupJus realizó en 1978 un control a un acto legislativo. Sostuvo la CortSupJus que el CongRep puede expedir actos legislativos, pero no puede reformar la Constitución para modificar el contenido y alcance de su propia competencia, ya que atribuir competencias es esencia y facultad exclusiva del constituyente originario.⁸⁰ Sin embargo, este fallo creó ciertas discrepancias e influyó en el diseño de las normas

⁷⁶ GacConst 4/1991. pp. 15 s.

⁷⁷ GacConst 81/1991. p. 7.

⁷⁸ GacConst 7/1991. p. 28.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ GacConst 36/1991. p. 22.

constitucionales de reforma de la ConstPol. Por ello, es necesario revisar el contenido del fallo y las implicaciones de éste en la AsamNalConst.

A. La CortSupJus y los vicios competenciales

En el caso Carlos Moreno y Álvaro Echeverri v. CongRep,⁸¹ La CortSupJus estudió la constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 1977, cuya finalidad era convocar a una asamblea nacional constituyente. Los demandantes sostenían, en este caso, que la CortSupJus era competente, pues ella tenía como una de sus funciones la guarda y supremacía de la Constitución. Asimismo, sostenían que, si bien no existía una enunciación expresa de dicha competencia, era necesario comprender que las mismas eran enunciativas, y no taxativas.

Una vez defendieron la competencia de la CortSupJus, los demandantes le solicitaron que declarase la inconstitucionalidad de la convocatoria a una asamblea constituyente, pues: a) la competencia de reforma es indelegable del CongRep hacia la asamblea; b) el mecanismo de la asamblea nacional no estaba previsto como mecanismo reforma de la Constitución; d) para que exista y sea válido el mecanismo de la asamblea el CongRep tenía que haber reformado primero la Constitución e incluir el mecanismo; y e) la convocatoria a asamblea constituyente no contiene en su cuerpo las reformas que modifican el texto normativo anterior, ya que pretendía mediante la convocatoria a la asamblea modificar la integridad de toda la Carta y, además, el Acto Legislativo tampoco tiene un límite de acción a la futura asamblea constituyente, en cuanto a qué partes de la Constitución de 1886 se habrían de reformar.

Respecto a estos cargos, se presentaron ante la CortSupJus dos posiciones. En la primera, los intervinientes ciudadanos manifestaron que, de acuerdo a la jurisprudencia de la CortSupJus, ella carecía de competencia para estudiar la constitucionalidad del Acto Legislativo, salvo que se hubiesen interpuesto objeciones presidenciales. Asimismo, sostuvieron los intervinientes que si la Corte admitía su competencia en este proceso, obraría como constituyente originario, invadiendo órbitas

⁸¹ CortSupJus, GacJud 2397/1978.

que a ella le estaban vedadas. En contraposición, la intervención del procurador apoyó los cargos formulados. La segunda posición fue la del procurador, quien afirmó que el Acto Legislativo era inconstitucional. Para ello, el procurador sostuvo que el acto tiene un carácter derivado, y no originario.

La CortSupJus se declaró competente⁸² y, al revisar el proyecto de Acto Legislativo, así como los cargos y posturas planteadas en el caso, determinó que el Acto Legislativo era inconstitucional. Por una parte, la CortSupJus estableció la existencia de vicios de procedimiento en la formación del Acto⁸³ –fallas en las votaciones y mayorías parlamentarias para adoptar la reforma–. Pero, por otra parte, la CortSupJus analizó un punto adicional. Según la CortSupJus, todo poder en un Estado democrático es un poder derivado, subordinado y con competencias asignadas por un poder superior⁸⁴ (el pueblo); dentro de esos poderes derivados se encuentra el CongRep, así como su competencia para reformar la Constitución de 1886, el cual está sometido a límites constitucionales, entre ellos, las cláusulas de reforma que contiene el art. 218 Constitución de 1886.

Si el CongRep, en ejercicio del poder constituyente delegado por el poder popular, desconoce las reglas contenidas en el art. 218 Constitución 1886, desnaturaliza su carácter institucional, lo convierte en órgano constituyente y negaría la soberanía de la nación. Por tanto, sería la CortSupJus el órgano competente para controlar el Acto Legislativo, pues, aunque no existe una competencia explícita, ella es guardián de la Constitución. Asimismo, la CortSupJus sostuvo que, si bien un acto legislativo es una ley con jerarquía especial respecto a las otras leyes, él no deja de ser un acto de jerarquía inferior a la Constitución, subordinada a las reglas consagradas en la misma.

Por otra parte, la CortSupJus aclara que el poder de reforma constitucional es una competencia otorgada exclusivamente al CongRep⁸⁵. Asimismo, el poder constituyente no consagró una

⁸² CortSupJus, GacJud 2397/1978. pp. 3-5.

⁸³ CortSupJus, GacJud 2397/1978. pp. 5-9.

⁸⁴ CortSupJus, GacJud 2397/1978. pp. 9 ss.

⁸⁵ CortSupJus, GacJud 2397/1978. p. 13.

facultad al CongRep para delegar la competencia de reforma. Por tanto, subdelegar dicha competencia constituiría una violación a la voluntad del poder constituyente. En otras palabras, y apoyada en Schmitt, la CortSupJus sostuvo que el CongRep no es competente, actuando como constituyente derivado, para crear, modificar o derogar los mecanismos de reforma o las reglas que regulan el trámite de los mecanismos para reformar la Constitución. Afirma la Corte que este poder de reforma obliga al constituyente derivado a no cambiar la identidad política constitucional y también le prohíbe ampliar, disminuir, reemplazar, delegar o volver más sencilla la competencia atribuida a este en las cláusulas de reforma⁸⁶.

La CortSupJus concluyó que el Acto Legislativo contiene un vicio material, pues el CongRep no tiene competencia para delegar las funciones de reforma constitucional, la cual es competencia exclusiva del constituyente originario. Dicho razonamiento lo reiteró la CortSupJus en el caso Manuel Gaona Cruz *et al.* vs. CongRep (Acto Legislativo 1 de 1979).⁸⁷

B. Las críticas de la AsamNalConst a la CortSupJus y propuesta de modelo de rigidez

La Comisión Primera de la AsamNalConst, basada en las experiencias de las reformas constitucionales hechas en virtud de la Constitución de 1886, propuso la creación de la CortConst⁸⁸, que tendría, dentro sus funciones, la competencia de controlar las reformas constitucionales, sin importar su origen y solo por vicios de forma. La restricción de control de vicios de forma se fundamentó en que las reformas crean normas superiores y autónomas que materialmente no pueden tener control. Además, según la AsamNalConst,⁸⁹ la CortSupJus ejerció inconvenientemente su competencia, pues ella creó legislación casuística por vía de interpretación para limitar el poder reformador del Congreso. Ese ejercicio interpretativo, a su vez, implicó una

⁸⁶ CortSupJus, GacJud 2397/1978. pp. 14-16.

⁸⁷ CortSupJus, GacJud 2405/1981.

⁸⁸ GacConst 20/1991. pp. 10s.

⁸⁹ GacConst 25/1991. p. 56.

invasión de orbitas de competencia legislativa o ejecutiva por parte de la CortSupJus y, por tanto, una transgresión a la misma Constitución.

Para demostrar la afirmación de extralimitación de funciones, la AsamNalConst sostuvo que, de acuerdo al art. 218 Constitución 1886, el único límite al poder de reforma se encontraba en el cómo reformar.⁹⁰ Si el CongRep no respetaba las reglas procedimentales de reforma, ésta no existiría formalmente o se configuraría una extralimitación del poder de constituyente derivado.

Por otra parte, la AsamNalConst se apoyó en el salvamento de voto de Luis Carlos Sáchica, quien planteó tres críticas a la CortSupJus, a saber: a) las reglas de reforma constitucional son cláusulas pétreas; b) son una prohibición al constituyente derivado de acudir a mecanismos distintos a los taxativamente establecidos en la Carta para modificar la misma; y c) son igualmente una prohibición para el Congreso, para que este no modifique las reglas de reforma.

En ese sentido, la AsamNalConst sostuvo que la interpretación de la CortSupJus creó un límite no previsto en los mandatos constitucionales, denominado “límite ideológico”. Este límite, a su vez, implicaba “bloquear la Constitución” ya que, en opinión de la AsamNalConst, una constitución es una norma depuesta al cambio social y, conforme existan hechos importantes, ella debe modificarse según la necesidad, y no correr el riesgo convertir a la Constitución en un texto rígido, estático y sin aplicación frente al orden social deseable.

Para evitar que en la ConstPol surgiese un problema similar al ocasionado por la interpretación de la CortSupJus, la AsamNalConst propuso la intervención directa del pueblo en procedimientos de reforma constitucional, como en el referendo, en la asamblea constituyente y en los actos legislativos de iniciativa popular. Con ello, se esperaba garantizar la participación directa del pueblo y facilitar los cambios constitucionales necesarios. En otras palabras, se esperaba evitar un “nuevo bloqueo constitucional”, mediante la ampliación

⁹⁰ GacConst 36/1991. p. 23.

de los mecanismos de reforma y la restricción interpretativa de la CortConst.⁹¹

En síntesis, el objetivo de la AsamNalConst fue el de mantener el modelo consagrado en la Constitución de 1886, es decir, una constitución con requisitos formales aparentemente rígidos, pero con una *praxis* flexible. Ello lo lograría mediante la inclusión de nuevos métodos de reforma, así como con la creación de la CortConst, cuya función sería el control jurídico formal de las reformas constitucionales.⁹²

LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL MODELO DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

El objetivo planteado por la AsamNalConst quedó consagrado en la ConstPol. En los arts. 374ss ConstPol se consagraron las reglas generales de reforma constitucional, así como la competencia restringida de control de constitucional, otorgada a la CortConst conforme al art. 379 inc. 1 ConstPol. Por ello, la siguiente pregunta a responder consiste en cómo comprendió la CortConst el art. 379 inc. 1 ConstPol y cuáles son los alcances de dicha comprensión.

La CortConst, en el caso Kuhfeldt *et al.* vs. CongRep⁹³, y apoyada en el criterio conceptual de rigidez como grado de dificultad,⁹⁴ ha establecido que la ConstPol es rígida, puesto que consagra un procedimiento especial distinto al de las leyes para su reforma, a saber: a) acto legislativo, b) una asamblea constituyente y c) referendo.

Para ello, la CortConst, en el caso González *et al.* vs. CongRep,⁹⁵ expresó que el grado de rigidez depende de una serie de factores, entre

⁹¹ GacConst 140/1991. pp. 35 ss.

⁹² GacConst 91/1991. pp. 4 s.

⁹³ CortConstSC 543/1998.

⁹⁴ Alarcón, O. Objeciones presidenciales a las reformas constitucionales. En: Bula Escobar, Namén Vargas y Zambrano Cetina (Editores Académicos). *Derecho Procesal Administrativo, modernización del Estado y Territorio*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2015. p. 701.

⁹⁵ CortConstSC 249/2012. No solo es necesario que necesario que haya procedimientos más rigurosos, sino que se debe tener en cuenta el sistema político y la organización de los partidos políticos y el sistema de mayorías en el Congreso. Sobre esta relación entre mayorías en el Congreso y la posibilidad de reforma, indica Ferreres que en cuanto más disciplinados sean los partidos, y cuanto más arraigada esté la cultura de la coalición (como ocurre en las llamadas “democracias consociativas”), tanto

los cuales están: el tamaño de las mayorías para su reforma, el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformar la ConstPol y la exigencia, o no, de la participación del pueblo. Todos estos son requisitos jurídico-formales que hay que situar en un contexto político, histórico y social más amplio. El grado de rigidez efectiva de la Constitución dependerá de tal contexto.⁹⁶

Estos requisitos se reflejan en el principio de instrumentalidad. Dicho principio lo entendió la CortConst, en los casos *Linday vs. CongRep* y *Ortiz et al. vs. CongRep*, como aquel que determina que las reglas de procedimiento constituyen una garantía al principio de legalidad y al principio democrático.⁹⁷

A. Las mayorías constitucionales en el proceso de reforma colombiano

En el caso *Gallon et al. vs. CongRep*,⁹⁸ la CortConst estableció que las mayorías, en la reforma constitucional, son un aspecto determinante en el ejercicio del control de constitucionalidad por vicios de procedimiento. Ello se debe a que las mayorías son más estrictas, y los procesos de aprobación más largos son la garantía de la rigidez y supremacía de la ConstPol.

En ese sentido, la ConstPol consagra un sistema de mayorías específico para los distintos mecanismos de reforma constitucional. Así, para los actos legislativos se requiere de un sistema de doble vuelta y de la aprobación definitiva del proyecto de acto legislativo con la mayoría de los miembros de cada cámara,⁹⁹ conforme al art. 375 ConstPol.¹⁰⁰

más fácil será satisfacer la exigencia de alcanzar una supermayoría parlamentaria necesaria para la reforma constitucional.

⁹⁶ Ferreres, V. Una defensa de la rigidez de la Constitución. En: Laporta, F. *Constitución: Problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003. pp. 328 ss.

⁹⁷ CortConstSC 1040/2005; SC 737/2001.

⁹⁸ CortConstSC 816/2004; A 169/2004.

⁹⁹ Ramírez, G. *Limites de la Reforma Constitucional en Colombia: El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. pp. 449 ss. Para dicho autor, la condición de doble vuelta y de aprobación por mayoría absoluta genera una rigidez moderada de dicho mecanismo de reforma constitucional.

¹⁰⁰ El art. 375 ConstPol establece dos tipos de mayorías para la aprobación del acto legislativo. Así, para la aprobación del proyecto durante el primer periodo de sesiones deberá hacerse por la mayoría simple, es decir, por la mayoría de los asistentes, mientras que en segundo periodo se requiere la mayoría absoluta al exigir la mayoría de los miembros de la correspondiente cámara.

Por otro lado, y según la doctrina, la rigidez se concreta también en el art. 375 inc. 2 ConstPol, el cual determina que en el segundo período solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero. La importancia de esta restricción radica en la obligación de discutir con detalle desde el primer momento las distintas implicaciones que supone la modificación constitucional; mientras que la labor de consenso debe realizarse durante todo el procedimiento e incluso en la primera vuelta.¹⁰¹

Para el caso de la Asamblea Constituyente,¹⁰² el art. 376 inc. 1 ConstPol establece que se podrá someter a consideración su convocatoria si es aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara; mientras que la convocatoria, en concreto, se entenderá aprobada si la aprueba una tercera parte del censo electoral, conforme al art. 376 inc. 2 ConstPol.

La regla de convocatoria deja, sin embargo, un interrogante. Él consiste en si la Asamblea Constituyente puede entenderse convocada si la tercera parte del censo electoral la aprueba y el restante del censo electoral la desaprueba. Una posible respuesta consistiría en aplicar la misma regla consagrada para el referendo constitucional,¹⁰³ pues sería descabellado afirmar que con el voto mayoritario negativo así se cumpla la regla textual del artículo. Esto constituiría una violación al principio democrático y desembocaría en acciones de inconstitucionalidad. En otras palabras, la aprobación de la convocatoria a la asamblea constituyente requiere: a) cumplir con la regla establecida en la ConstPol, es decir, que la apruebe, cuando menos, una tercera parte del censo electoral; y b) que el voto afirmativo sea en todo caso mayoritario.

¹⁰¹ Sierra, H. *La Reforma de la Constitución*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 66.

¹⁰² La ConstPol infortunadamente le asignó el nombre de “Constituyente” cuando debería ser “Constitucional”, puesto que el término constituyente implica que no hay control normativo alguno y, por ende, es auto-legítima. Así lo entendió la Asamblea Nacional Constituyente cuando en el artículo transitorio 59 determinó que la Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno. Al respecto, ver: Lleras de la Fuente, C. *Interpretación y Génesis de la Constitución Colombiana*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1992; y CortConstSC-269/2014.

¹⁰³ Al respecto, el art. 378 inc. 2 ConstPol establece que para que el referendo reforme la Constitución se requiere: (i) que la población que vote supere la cuarta parte del censo electoral y (ii) que el voto afirmativo supere la mitad de los sufragantes, de ser así, se establece un quórum necesario.

La ConstPol también prevé su reforma por medio de referendo constitucional, el cual es de dos tipos. El primero es el referendo constitucional derogatorio, que cuenta con cinco características. La primera consiste en que el 5% de los ciudadanos que integran el censo electoral pueden solicitar su realización a la Registraduría. La segunda es que se tiene un plazo de seis meses después de la promulgación del acto legislativo para someterlo a dicho mecanismo. La tercera característica es que no todos los actos legislativos son competencia de análisis bajo referendo derogatorio, pues solo procederá el referendo derogatorio si el acto legislativo contiene temas de derechos fundamentales y sus garantías, procedimientos de participación popular y temas relacionados con el CongRep. La cuarta consiste en el control automático ante la CortConst únicamente por vicios de procedimiento en su formación. Y la quinta consiste en que se entiende derogado el acto legislativo cuando así lo determine la mayoría de los sufragantes siempre que la participación cuente con la cuarta parte del censo electoral.

El segundo tipo es el referendo constitucional aprobatorio. El art. 378 ConstPol establece reglas de iniciativa y reglas de control de constitucionalidad por la CortConst. Asimismo, el art. 378 ConstPol consagra que se requiere de la intervención del CongRep para la elaboración de la ley,¹⁰⁴ así como la participación de más de la cuarta parte del total de los ciudadanos y de la votación afirmativa de más de la mitad de los sufragantes,¹⁰⁵ para la aprobación de dicho referendo.

En cuanto a las mayorías se configuran dos clases para la formación total del referendo constitucional. La establecida para la aprobación de la ley por los miembros del CongRep, que es la mayoría de los miembros, y la del 25% de los ciudadanos que conforman el censo electoral, que tienen que participar en el referendo y tener la mayoría simple en su aprobación, es decir, la mitad más uno.

En síntesis, la rigidez de la ConstPol depende del mecanismo de reforma que se escoja para tal fin. Se vuelve más rígida la ConstPol

¹⁰⁴ Se compara con el referendo constitucional derogatorio en que este es el único mecanismo de reforma constitucional que no requiere de la participación del CongRep para su elaboración.

¹⁰⁵ Reyes, G. *Los mecanismos de participación ciudadana y las consultas populares en Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 2016. pp. 62 ss.

cuando se requiere una participación activa del pueblo, pues vemos que las mayorías exigidas para la convocatoria a referendo y a asamblea constituyente son más estrictas que para las del acto legislativo.

B. La participación de las instituciones estatales en la reforma constitucional

El sistema de rigidez colombiano prevé varios mecanismos de reforma, así como la intervención de varias instituciones políticas. Sin embargo, de acuerdo con el art. 114 ConstPol, la institución principal, sin importar el tipo de reforma que se inicie, es el CongRep.

Por ejemplo, si la reforma se tramita por vía de acto legislativo, la institución principal es, en principio, el CongRep. El art. 375 ConstPol establece que el CongRep tiene la iniciativa de presentar proyectos de acto legislativo. Junto a él, pueden tener iniciativa otros actores a fin de garantizar el principio democrático, como lo sostuvo la CortConst en el caso *Arango vs. Congreso de la Republica*.¹⁰⁶

En cuanto al procedimiento del acto legislativo, el art. 375 consagró que él se encuentra en cabeza del CongRep. Sin embargo, la CortConst, en el caso *Arias vs. Ministerio del Interior et al.*,¹⁰⁷ estableció que en especiales materias se debe dar participación a determinadas comunidades bajo el derecho fundamental a la consulta previa. Dicha consulta, a su vez, ha sido entendida por la CortConst como obligatoria, pues ella establece espacios reforzados de participación democrática para estas comunidades. Asimismo, la CortConst estableció cuáles son los asuntos en los cuales debe llamarse a las comunidades a consulta previa, así como la consecuencia de configurarse vicio material en caso de omitir la consulta previa. Ejemplo de esto son los casos *Avirama vs. Congreso de la Republica* y *Bailarin et al. vs. Ministerio del Interior y otros*.¹⁰⁸

¹⁰⁶ CortConstSC 535/2012.

¹⁰⁷ CortConstST 247/2015.

¹⁰⁸ CortConstSC 702/2010; ST 179/2009. Dicha sentencia aclara que no toda omisión a dicho derecho fundamental genera *per se* la inconstitucionalidad de la norma, pues hay que evaluar si dicho derecho a la luz del grado de mayor o menor generalidad de la medida legislativa y el grado de incidencia de los contenidos de la disposición en los intereses que atañen a las comunidades indígenas.

El procedimiento de acto legislativo también es objeto de control. Él se ejerce, conforme al art. 113 ConstPol, a través de las distintas ramas del poder público. El primer control es ejercido por el Ejecutivo, especialmente por el presidente de la República, quien puede vetar o ejercer control por vía de cruce o emitir mensaje de urgencia o insistencia.¹⁰⁹ Sin embargo, la CortConst, ver el caso Pastrana vs. Congreso de la Republica,¹¹⁰ ha sostenido que el mensaje de urgencia no puede constituir un mecanismo de injerencia del Ejecutivo en el CongRep. Por otra parte, la CortConst sostuvo que el ejercicio de objeción presidencial no es procedente en el procedimiento de expedición de actos legislativos, pues el trámite de sanción –y respectiva objeción– presidencial está consagrado exclusivamente como requisito de validez de los proyectos de ley conforme al art. 168 ConstPol. Asimismo, la CortConst argumentó que la voluntad del constituyente no debe estar subordinada a la aquiescencia de ningún poder constituido, salvo la competencia que le corresponde a la CortConst pero por expresa disposición del art. 241 ConstPol, según lo reiterado en los casos Kuhfeldt y otros, y Fals y otro vs. Congreso de la Republica.¹¹¹

Cuando se emplea la convocatoria a asamblea nacional constituyente, en vez del acto legislativo, la participación del CongRep varía. En él está la competencia de aprobar la ley que convoca asamblea nacional constituyente, la cual contiene la competencia de la misma, su composición y el período de actuación. Sin embargo, el presidente de la República, en este caso, no cuenta con la competencia de control, pues el art. 241 num. 2 ConstPol establece que a la CortConst le corresponde el control automático de la ley que convoca a asamblea nacional constituyente. La competencia de la CortConst se complementa con el control popular, pues la asamblea nacional constituyente no se entenderá convocada si, una vez aprobada por la CortConst, una tercera parte del censo electoral vota a favor de dicha convocatoria. En otras palabras, el agente principal en este mecanismo

¹⁰⁹ Lozano, G. *Control político en el ordenamiento constitucional colombiano: ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. pp. 262 ss.

¹¹⁰ CortConstSC 637/2015.

¹¹¹ CortConstSC 543/1998; SC 222/1997.

es el pueblo, pues los otros actores tienen funciones de trámite. Por ejemplo, el presidente de la República es quien fija la fecha, conforme al art. 33 LeyMecPartciu.¹¹² Asimismo, el CongRep solo actúa hasta la aprobación popular, pues una vez conformada la asamblea nacional constituyente, se suspende la competencia legislativa de reformar la ConstPol.¹¹³

A diferencia de la reforma por asamblea constituyente, el referendo constitucional implica, no una subordinación de instituciones a la decisión popular, sino una colaboración entre todos los actores.¹¹⁴ Esto se ve reflejado en las cuatro fases de celebración del referendo, a saber: a) la fase de iniciativa que puede ser gubernamental o popular; b) la fase legislativa; c) la fase judicial; y d) la fase ejecutiva y electoral.¹¹⁵ En el caso Congreso de la Republica, proceso de revisión de referendo constitucional de 2010 y en el caso Charry vs. CongRep,¹¹⁶ la CortConst determinó que esta es una colaboración de todos los poderes públicos y, por tanto, no se puede estudiar cada paso aisladamente, pues el referendo constitucional es un acto complejo de reforma constitucional. Además, la CortConst estableció que el referendo constitucional tiene un doble control de constitucionalidad. El primero de ellos es el control automático sobre el referendo, conforme al art. 241 num. 2 ConstPol; mientras que el segundo es el control posterior, cuando el referendo se convierta en acto legislativo conforme al art. 241 num. 1 ConstPol. La diferencia entre sendos controles radica en la caducidad, la cual opera, para el segundo control, dentro del siguiente año a la promulgación de la reforma como lo sostuvo la CortConst en el caso Congreso de la Republica, en proceso de revisión de Ley de Referendo de 2003 y en el caso de revisión automática del Proyecto de Ley No. 47 de 2002 Senado-57 Camara.¹¹⁷

¹¹² Congreso de la República. Ley 1757 de 2015. Diario Oficial 49565 de julio 6 de 2015. Art. 33.

¹¹³ Congreso de la República. Ley 5 de 1.992. Diario Oficial 40483 de junio 18 de 1992. Art. 220.

¹¹⁴ CortConst SC-179 del 2002.

¹¹⁵ Quinche, M. *El Control de Constitucionalidad*. 2 ed. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2014. p. 80.

¹¹⁶ CortConstSC 397/2010; SC 1121/2004.

¹¹⁷ CortConstSC 551/2003; A 001/2003.

C. Participación ciudadana en el proceso de reforma constitucional

La participación del pueblo es gradual, según el mecanismo de reforma constitucional. Así la reforma constitucional mediante acto legislativo no requiere de participación popular, para que éste tenga eficacia jurídica. Ello no significa que este procedimiento de reforma constitucional tenga bajos índices de legitimidad democrática, pues, en general, en el procedimiento legislativo se manifiestan claramente principios democráticos tales como representación, libertad, igualdad, publicidad, información, entre otros¹¹⁸ que, si se vulneran, recaen en vicios de inconstitucionalidad, según lo determinado en el caso *Reyes vs. Congreso de la Republica*.¹¹⁹

En el referendo constitucional, la participación popular se concreta en dos momentos. Ellos son, como lo sostuvo la CortConst en el caso de revisión automática del Proyecto de Ley 134 de 2011-Cámara y 227-Senado de 2012,¹²⁰ la iniciativa legislativa y la aprobación de dicha iniciativa —una vez tramitada ante el CongRep—. Dicha participación popular en el referendo goza, a su vez, de una especial protección. La CortConst sostuvo, en el caso de revisión de ley estatutaria del referendo del 2010,¹²¹ que el control constitucional se orientará a proteger la supremacía de la ConstPol, por una parte, y a potenciar el principio democrático y la soberanía popular, por otra. Ello no implica, como lo sostuvo la CortConst en el caso de revisión automática del Congreso en la Ley Convocatoria de Referendo de 2010,¹²² que el referendo se rija por una democracia directa, pues la participación popular está sometida a los principios de la ConstPol —supremacía de la norma constitucional—.

Pareciese que, al revisar los tres factores —mayorías, instituciones y participación popular— de rigidez establecidos por la CortConst, la ConstPol fuera rígida. Sin embargo, una segunda lectura podría llevar a otro resultado. Si se revisan las mayorías, ellas son, en la práctica,

¹¹⁸ Ardila, C. *Introducción al Derecho parlamentario colombiano*. 2 ed. Bogotá: Ibáñez, 2012. pp. 29 ss.

¹¹⁹ CortConstSC 685/2011.

¹²⁰ CortConstSC 150/2015.

¹²¹ CortConstSC 397/2010.

¹²² CortConstSC 141/2010.

fáciles de cumplir si se comparan con determinadas constituciones europeas, las cuales exigen una súper-mayoría parlamentaria.¹²³

Además, las instituciones que se necesitan para la eficacia de una reforma constitucional no tienen en cuenta el factor territorial. En las constituciones con organización territorial federada, constituye una característica principal de rigidez constitucional. Por ejemplo, para modificar la Constitución de los Estados Unidos se requiere no solo el consentimiento del Congreso Federal, sino también el de los legisladores de tres cuartas partes de los estados.¹²⁴

En Colombia, por el contrario, no existe un modelo federado, sino unitario descentralizado territorialmente conforme al art. 1 ConstPol. Asimismo, la participación de los entes territoriales en los procesos de reforma es menor, pues a ellos solo se les otorgó la competencia de iniciativa en los arts. 155 y 375 ConstPol.

Por otra parte, la participación de las instituciones políticas no es simétrica en los distintos procesos de reforma. Ello permite que los agentes del Estado realicen un cálculo de escogencia por el mecanismo de reforma que implique menores complicaciones. Ello lo sostiene también parte de la literatura, la cual identifica,¹²⁵ a 2015, 40 reformas constitucionales, sin mencionar los artículos de cada reforma. Por ejemplo, el Acto Legislativo de “equilibrio de poderes” reformó cerca de 26 artículos de la ConstPol. Por tanto, la experiencia constitucional colombiana ha llevado a mantener un modelo de rigidez, no a partir de las instituciones participantes, sino del control judicial.

Sin embargo, La CortConst aún mantiene la tesis de la existencia de una rigidez constitucional. En el caso *Cepeda et al. vs. CongRep*,¹²⁶ la CortConst sostuvo que las reformas constitucionales están regidas por un sistema de rigidez, pues está de por medio una norma que gobierna la sociedad, la cual se garantiza por la existencia de procedimientos

¹²³ Pino, J. *Prolegómenos a la Teoría y a la Reforma Constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. p. 183. ss.

¹²⁴ Ferreres, V. Una defensa de la rigidez de la Constitución. En: Laporta, F. *Constitución: Problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales. 2003. pp. 333 ss.

¹²⁵ Younes, D. *Derecho Constitucional Colombiano*. 14 ed. Bogotá: Legis, 2016. pp. 520 s.

¹²⁶ CortConstSC 740/2013.

agravados. Dichos procedimientos —así como sus requisitos— poseen fundamentos lógico-constitucionales, pues tanto los mecanismos como los requisitos representan la garantía misma del régimen constitucional y de la supremacía de la Carta, determinado por la Corte en el caso *Gallón et al. vs. CongRep*.¹²⁷

La CortConst ha establecido que el respeto de las normas de reforma comporta una garantía de la rigidez de la ConstPol, pues el modelo de rigidez y la dificultad de un procedimiento permiten preservar las reglas fundamentales establecidas en la Constitución y garantizan la seguridad jurídica.¹²⁸ Bajo dicho análisis la corporación en el caso *Ramírez et al. vs. CongRep*,¹²⁹ entendió que los mecanismos de reforma constitucional conforman un elemento esencial de la ConstPol en cuanto representan el grado de permanencia de las instituciones y el balance específico entre la continuidad y posibilidad de cambio del que ella fue dotada, es decir, si la ConstPol es fuente de validez de las normas restantes que comportan el ordenamiento jurídico y aquella tiene mecanismos para su propia reforma, es dable entender que las cláusulas de reforma constitucional son el núcleo esencial de la Constitución o, como lo entendió la CortConst en el caso *Gallón*,¹³⁰ son la “Constitución de la Constitución”.

Por lo anterior, desde la concepción del constituyente y de la misma ConstPol de 1991, el modelo de rigidez constitucional es semi-flexible; sin embargo, a partir de la lectura dada por la CortConst sobre el Título XIII de la ConstPol y de la confrontación con las normas constitucionales que regulan el procedimiento legislativo ordinario, sostiene que al ser los requisitos de mecanismos de reforma constitucional más exigentes para el trámite y aprobación de una reforma constitucional, se caracteriza como rígida al no poder ser reformada por mecanismos ordinarios de creación legislativa. Con esto, se pretende, a continuación, analizar si la CortConst modificó

¹²⁷ CortConstSC 816/2004.

¹²⁸ Marthe Fatin-Rouge, S. *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*. Paris: Economica, 2004. p. 295.

¹²⁹ CortConstSC 1056/2012.

¹³⁰ CortConstSC 816/2004.

el modelo de rigidez promulgada por el constituyente primario evidenciada en la arquitectura constitucional.

EL MÉTODO DE GARANTÍA DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL EN LA DOCTRINA DE LA CORTCONST: LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN

De los apartados anteriores puede afirmarse que la ConstPol consagró un modelo de rigidez constitucional, caracterizado por restricciones de carácter procedimental, no material. Por ello, los interrogantes que surgen, en este momento, son: a) cómo interpreta la CortConst dichas restricciones y b) si la CortConst –bajo los lineamientos del neoconstitucionalismo del punto I– reconoce la existencia de límites materiales inmanentes, y cómo los protege.

El art. 241 num. 1 y 2 ConstPol consagra que a la CortConst le compete conocer de las demandas que presenten los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución cualquiera que sea su origen, y solo por vicios de procedimiento en su formación. Dicha norma la entendió la CortConst, inicialmente, como una competencia para el juzgamiento, únicamente, por vicios de procedimiento en su formación, es decir, su juicio se limitaba a la corroboración del cumplimiento de las reglas de trámite para su formación, negándose ella misma la competencia de controlar la reforma por vicios competenciales, entre otros, como en el caso *Serrano vs. CongRep*.¹³¹

Esta postura varió en el 2003. La CortConst, al conocer constitucionalidad automática de una ley convocatoria de referendo constitucional,¹³² construyó un concepto de límites competenciales del CongRep para reformar la ConstPol. Dicho límite consiste en que, pese a no existir cláusulas pétreas, sí existen límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido, y no el poder constituyente originario.¹³³ Dichos límites

¹³¹ CortConstSC 753/2004; SC 222/1997; SC 387/1997; SC 543/1998; SC 487/2002.

¹³² La Ley constaba de veinte preguntas. Entre ellas se establecía la penalización del consumo y porte de la dosis personal, la cual fue avalada mediante la SC 221/1994 y otros temas territoriales.

¹³³ CortConstSC 551/2003.

se garantizan a través del método de sustitución de la constitución, el cual fue reiterado posteriormente.¹³⁴

La literatura¹³⁵ ha considerado que la creación de este método se debe a que en ese periodo Colombia sufría un intensivo reformismo constitucional, pues el Gobierno contaba con amplias mayorías en el CongRep, lo que significó la aprobación de un gran número de reformas en un periodo de tres años. Aspecto que generó una flexibilidad en el modelo de rigidez constitucional en la práctica.

A. Teoría de la sustitución de la constitución

Esta teoría, sostenida por la CortConst desde el 2003,¹³⁶ afirma que se sustituye la constitución cuando el poder derivado de reforma excede su poder de reforma invadiendo funciones atribuidas al poder originario y, con su acto reformatorio, desnaturaliza la constitución cambiándola por otra distinta. Por ello, la CortConst pretendió establecer límites competenciales –no pétreos– al poder derivado de reforma. Ellos son, por una parte, los consagrados expresamente en el Título XIII ConstPol y, por otra parte, los valores y principios de la ConstPol. Estos límites materiales y procedimentales, si bien son modificables, incrementan en cierta medida el grado de rigidez. Sin embargo, la CortConst no enunció, inicialmente, dónde se encontraban o cómo se concretaban.

Posteriormente (2004), la CortConst, en el caso Ruiz *et al.* vs. CongRep y en el caso Bornacelli vs. Congreso de la Republica,¹³⁷ reitera la existencia de límites materiales y afirma que la teoría de la sustitución ya no solo abarca aquellas falencias formales del acto reformatorio, sino que abarca también las falencias de tipo material en que puedan incurrir cuando se transgreden pilares esenciales de la Constitución. Para comprobar si dicha transgresión se configuraba, la CortConst construyó una argumentación metodológica en tipo de

¹³⁴ Véase CortConstSC 1200/2003; SC 572/2004; SC668/2004; SC 888/2004; SC 970/2004; SC 971/2004; SC 242/2005.

¹³⁵ Palacio, J. La reforma constitucional en Colombia. En: Henao, J. *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*. Bogotá: Universidad Externado, 2013. pp. 441 ss.

¹³⁶ CortConstSC 551/2003; SC 1200/2003.

¹³⁷ CortConstSC 970/2004; SC 971/2004.

test. Él se caracteriza por cargar al accionante de la labor demostrativa, por explicar cómo se determina si existe un pilar fundamental y cómo se sustituía éste.

Dicho test estaba compuesto por tres pasos contruidos de forma silogística. Primero se debía enunciar el eje definitorio presuntamente sustituido. Luego se establecía el alcance constitucional y jurídico del eje definitorio. Finalmente se argumentaba la transgresión de competencias entre el acto reformativo y el eje definitorio transgredido, identificando la sustitución en los términos que había creado la Corte. Estos pasos, sin embargo, hicieron más compleja la tarea argumentativa para las personas que ejerzan acciones de inexecuibilidad contra actos reformativos. Además, cuando la Corte incrementa la argumentación, en particular, en cuanto a la identificación del eje definitorio transgredido, acepta la Corte, indirectamente, que aún no sabe en dónde se encuentran los límites materiales de la ConstPol y por ello será labor del accionante determinar si el elemento transgredido sí comporta un límite.

Sin embargo, debido a los problemas prácticos que trajo consigo el método de tres pasos, la CortConst, en el caso *Linday*,¹³⁸ altera el método de sustitución, el cual pasa a tener ya no tres, sino siete pasos. El nuevo silogismo se impone de manera deductiva y la carga argumentativa sigue en cabeza del accionante, quien debe deducir si existe y cómo se transgredió el pilar fundamental. Este silogismo, a su vez, incrementa el grado de rigidez de la ConstPol, ya que se reconocen límites implícitos irreformables por el poder constituyente derivado, haciendo la Constitución más rígida de lo querido por el constituyente.

La CortConst mantuvo el método de sustitución de la constitución,¹³⁹ pero, en el caso *Ramírez*,¹⁴⁰ afirmó que dicho método no establece un examen de contenido, sino de competencia, es decir, si el poder derivado está facultado para reformar ese pilar. Esta afirmación, sin embargo, no resuelve el problema de cómo determinar cuáles son los límites o pilares fundamentales existentes en la ConstPol. Lo que

¹³⁸ CortConstSC 1040/2005.

¹³⁹ CortConsrSC 141/2010; SC 397/2010.

¹⁴⁰ CortConstSC 1056/2012.

puede observar, a partir del caso Ramírez, es que la CortConst emplea criterio cualitativo-cuantitativo, reflejado en determinar a cuántas y cuáles otras normas constitucionales afectan el acto reformativo, y si existe una conexión lógica entre el acto reformador y el resto de articulados. Si surge un cambio más que plausible, que desconoce y cambia el valor fundamental explicado dentro de la metodología, podría existir una sustitución constitucional.

El problema de la determinación lo resuelve posteriormente la CortConst, quien sostuvo que existen principios esenciales. Ellos son:¹⁴¹ a) el principio democrático; b) la separación de poderes; c) la carrera administrativa; d) el principio de igualdad; e) el bicameralismo; f) la alternación en el ejercicio del poder público; y g) el sistema de pesos y contrapesos. Llama la atención que, en esta ocasión, la CortConst no reconoció como límites esenciales —como sí lo hace el derecho italiano y el alemán— la dignidad humana, los derechos fundamentales y los mecanismos de protección de éstos.

Posteriormente, en el caso Gallon *et al.* vs. CongRep,¹⁴² la CortConst deduce otro límite competencial o pilar fundamental y es “el compromiso del Estado Social y Democrático de Derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas”. La existencia de dicho pilar fue reiterada en el 2014, en el caso Guarín vs. CongRep.¹⁴³

En 2015,¹⁴⁴ la CortConst amplió el margen de aplicación del método de sustitución al referendo constitucional. Según la CortConst, aun actuando democrática y directamente en un referendo, su poder reformador es derivado, y no originario. Por esta razón, el pueblo no puede actuar por fuera de la órbita del procedimiento reglado para modificar la Constitución y sustituirla por otra distinta, ya que esa competencia reside exclusivamente en el pueblo cuando actúe como poder originario que, según la ConstPol, será solo en la asamblea nacional constituyente.¹⁴⁵

¹⁴¹ CortConstSC 249/2012; SC 1056/2012.

¹⁴² CortConstSC 579/2013.

¹⁴³ CortConstSC 577/2014.

¹⁴⁴ CortConstSC 150/2015.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

B. Construcción del método de sustitución de la constitución

El método de sustitución de la constitución está compuesto por unos requisitos generales y por un sistema de pasos.

1. Criterios orientadores del método

Como requisito general puede enunciarse la carga argumentativa, entendida en el caso *Maya et al. vs. CongRep* y en el caso *Ortegón et al. vs. CongRep*¹⁴⁶ como un presupuesto mínimo para la interposición de esta clase de acciones en cuanto a la técnica constitucional que se debe aplicar y dado el acto que se pretendería controlar. Dicha carga argumentativa requiere demostrar que el constituyente derivado desbordó las reglas de reforma, mediante una comparación –no simple como lo estableció el caso *Silva vs. CongRep*–¹⁴⁷ entre el acto legislativo y la arquitectura constitucional. Para ello, deben tenerse en cuenta unos criterios:

a. Verificación de la extralimitación de competencias

Se busca establecer con el rigor argumentativo necesario y pertinente por qué o en qué función actuó, omitió actuar o desbordó su competencia el constituyente derivado; siendo esencial demostrar con claridad, suficiencia, pertinencia, especificidad y certeza dicho desbordamiento funcional.

b. Especificidad

Este requisito no consiste en realizar una enumeración de varios pilares fundamentales, aunada a una enunciación de normas constitucionales o de bloque de constitucionalidad transgredidas y a la insistencia de realizar un juicio de confrontación normativa, ya que materialmente la CortConst ha sostenido que realizar un juicio comparativo entre la reforma y el texto modificado no es la finalidad del juicio de sustitución. Para la CortConst, ese tipo de argumentación es admisible en un control de leyes o de decretos sujetos a control constitucional, pero en un juicio de sustitución dicha enunciación no

¹⁴⁶ CortConstSC 053/2016; SC 084/2016.

¹⁴⁷ CortConstA 274/2012.

corresponde con los requisitos que la CortConst ha determinado como en el caso Rodríguez *et al.* vs. CongRep.¹⁴⁸ Lo que se busca, entonces, es que el demandante y, eventualmente, la misma CortConst construyan argumentativamente qué pilar fundamental, límite material o formal, o qué elemento ha sido vulnerado por el constituyente derivado al no ser competencia de este su reforma, sino competencia exclusiva del constituyente originario.

c. Evidencia de la sustitución

La carga argumentativa no consistirá en evidenciar una contrariedad entre el texto del acto reformador y la Constitución de 1991. Tampoco se debe caer en el error de formular un cargo subjetivo que no resulta jurídica ni constitucionalmente suficiente para argumentar una sustitución. Recalca la Corte, en el caso Araujo vs. CongRep,¹⁴⁹ la pertinencia que debe formularse en el cargo en cuanto debe ceñirse a materias meramente constitucionales. Quiere significar que la modificación contenida en el acto reformatorio debe ser de tal contrariedad, que sea distinta a los motivos que tuvo la misma Asamblea Constituyente para crear el principio transgredido.

En un test de sustitución no basta con evidenciar una confrontación normativa, ya que un acto reformatorio de la constitución es por naturaleza distinto al texto reformado, y es deber del demandante evidenciar, no un conflicto entre disposiciones constitucionales, sino una sustitución entre la disposición nueva y los pilares o límites de reforma constitucional transgredidos, siendo también improcedentes en el contencioso constitucional cargos que pretendan una valoración de efectos de la reforma, o aquellos que argumenten la no necesidad de la misma, o aquellos con contenido subjetivo, particular o que evalúen la forma como posiblemente se habría de aplicar la reforma y sus posibles consecuencias prácticas. En resumen, se busca plasmar una verdadera confrontación constitucional entre la reforma y los límites transgredidos.¹⁵⁰

¹⁴⁸ CortConstSC 153/2007.

¹⁴⁹ CortConstSC 336/2013.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

d. Comprobación de la inexistencia de un control material, sino competencial

No puede un accionante en un juicio a un acto reformativo de la Constitución, pretender la realización de un control material o de fondo sobre la reforma, puesto que evidenciar una transgresión a cláusulas constitucionales o incluso tratados internacionales en un acto reformativo de la Constitución no le compete a la Corte; si se hace lo anterior, se plantearía con suficiencia un conflicto material entre principios y reglas constitucionales, que no podría analizar la CortConst. El accionante tendría la carga de demostrar la extralimitación del órgano reformador al sustituir determinando eje constitucional con la lógica silogística que evidencie la sustitución, tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional.

e. Respeto de la prudencia judicial

En este punto destaca la Corte, en el caso Puentes y Montoya vs. Congreso de la Republica, como elemento propio del test, el respeto a las reglas jurisprudenciales, para ello ha dispuesto la Corporación de “tres dispositivos concretos: la cualificación de la acción pública de inconstitucionalidad, la necesidad de conservar la precisión conceptual sobre la materia y la sujeción a una metodología particular para adelantar el juicio de sustitución.”¹⁵¹ Dispositivos dados por la misma Corte, como en el caso Ramirez,¹⁵² que buscan que el ciudadano que ejercite una acción pública lo haga con suficiente carga argumentativa, que no evidencia un control material y, además, en aplicación de principios como el *pro actione*, la Corte busca que los cuestionamientos a los actos reformativos no sean injustificados y se evite recurrir al control de constitucionalidad, para controlar aspectos no constitucionales.

2. Método en concreto

Finalmente, la Corte, en el caso González,¹⁵³ sostiene la aplicación de un test de sustitución, recopilando lo estatuido en varios

¹⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-243 del 2012.

¹⁵² Corte Constitucional. SC-1056 de 2012.

¹⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-249 de 2012.

pronunciamientos.¹⁵⁴ Dicho test es un sistema silogístico (norma reforma en el sistema constitucional-norma reformadora en el sistema constitucional-comprobación de sustitución) de siete pasos, agrupados en tres categorías –premisas–.

a. Premisa mayor

Ella consiste en la introducción del nuevo elemento esencial a la ConstPol, y se comprueba a través de los tres primeros pasos del método. El primer paso consiste en enunciar y definir claramente el principio constitucional o elemento esencial de la Constitución. El segundo paso consiste en demostrar cómo éste principio o elemento esencial irradia distintas cláusulas constitucionales. El tercer paso es explicar la importancia de dicho principio frente al preámbulo, el artículo 1ro y 2do de la Constitución como los límites de respeto que toda reforma debe contemplar para reformar el texto superior.

b. Premisa menor

Esta premisa consiste en analizar el nuevo elemento y verificar el remplazo del elemento adoptado por el constituyente. Esta premisa se demuestra, a su vez, en los siguientes tres pasos del método. El cuarto paso consiste en demostrar que el contenido de la reforma constitucional no es suficiente y no puede ser abarcado por una sola disposición constitucional. El quinto paso es demostrar e identificar que el elemento esencial no comporta una petrificación de ninguna disposición constitucional. El quinto paso es demostrar qué y cómo el elemento nuevo remplazó y sustituyó al elemento esencial y al texto constitucional.

c. Premisa de síntesis

Esta consiste en la comparación del nuevo principio con el anterior para verificar si son opuestos o integralmente diferentes e incompatibles. En otras palabras, el último paso del método es determinar con la argumentación suficiente cómo el nuevo texto constitucional es total o parcialmente distinto y no guarda relación

¹⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencias C- 970, C- 971 de 2004, C-1040 de 2005, C-577 de 2014.

con los textos constitucionales, el elemento esencial y la voluntad del constituyente.

En resumen, se puede afirmar que la CortConst, desde el 2003, implementó la teoría de la sustitución como un argumento para limitar competencialmente al constituyente derivado. Este test impuso una carga argumentativa alta para la ciudadanía accionante y un sistema riguroso para legitimar validez de las providencias judiciales, emitidas en un juicio por sustitución como elemento para sustentar y no caer en yerros inconstitucionales e ilegales al momento de declarar inexecutable un acto reformativo de la Constitución. Todos estos sucesos han venido protegiendo algunos actos reformativos reafirmando su constitucionalidad al momento de enjuiciarlos ante la CortConst, también otros actos al ser declarados inexecutables han hecho indirectamente más rígida la Constitución, ya que las reformas, que a partir de cada fallo emitido se vayan a expedir, tienen que obrar dentro de cada nuevo límite competencial que cree la CortConst.

CONCLUSIONES

La ConstPol hoy en día tiene un modelo rígido impuesto por la jurisprudencia de la CortConst mediante la teoría de la sustitución de la constitución. Sin embargo, como se estudió en anteriores líneas, las cláusulas que la CortConst ha determinado como límites intangibles lo han hecho de manera deductiva. Se piensa que los límites intangibles de la Constitución de 1991 se encuentran en el Preámbulo de la Constitución Política y en el Título XIII de la Carta, dado que es en esas cláusulas donde se encuentra el margen de acción reformadora, dentro del cual el constituyente derivado se puede mover. Estas cláusulas son parámetros de interpretación, límites al poder de reforma y a la vez son cláusulas irreformables por el constituyente derivado, dado que particularmente en las cláusulas del Título XIII, el CongRep no puede reformar las reglas que el constituyente originario determinó para modificar la ConstPol; estas reglas de reforma son un límite explícito de las competencias del Congreso, impuesto por el mismo pueblo en la Asamblea del 91, que si se llegaran a modificar, incluso por vía de referendo, sustituirían la Constitución.

La teoría de la sustitución constitucional ha venido evolucionando de manera que los juicios intuitivos del juez constitucional sean cada vez más objetivos y no permitan caer en los errores subjetivos del juez al momento de controlar las reformas constitucionales, como se afirmó en el caso *Linday*;¹⁵⁵ sin embargo, se evidencia que el test de sustitución constitucional tiene una carga argumentativa de carácter intuitiva, es decir, que el control de constitucionalidad si bien se compara con los postulados esenciales o ejes axiales de la ConstPol, dicha comparación nace de un ejercicio interpretativo de lo que el juez constitucional considere como eje axial o decisión política fundamental.

La CortConst ha dicho que la ConstPol tiene pilares fundamentales o ejes axiales que funcionan como límite de reforma a la función de revisión del CongRep. No obstante, la misma CortConst no dice cuáles son, pues uno de los pasos del test de sustitución es demostrarle a la CortConst cuál es el pilar fundamental transgredido por la reforma constitucional; Además, ya que la demostración de que el elemento violado por la reforma constitucional nace de varias disposiciones constitucionales, probarle a la CortConst que dicho eje axial no puede ser comprendido por una sola disposición constitucional y que dicho elemento introducido por la reforma constitucional son abiertamente incompatibles con el resto de los ejes axiales de la ConstPol, supone tal ejercicio de interpretación intuitivo que el control de constitucionalidad de los actos reformativos se convierte en lo que el juez constitucional considere como pilar fundamental de la ConstPol, pero no porque esta los contenga, sino porque aquella los determine; lo anterior, también se fundamenta en que la CortConst no define los pasos para determinar la identificación plena de un eje axial de la ConstPol; lo que afecta la objetividad del control de constitucionalidad de los actos reformativos de la ConstPol.

Dichos problemas se evidencian en las últimas sentencias de la CortConst, al respecto, en el comunicado de prensa del caso *Montealegre vs. Congreso de la Republica*¹⁵⁶ la CortConst declaró

¹⁵⁵ CortConstSC 1040/2005.

¹⁵⁶ Ver Comunicado de Prensa N° 23 del 1 de julio del 2016. Es de advertir al lector que los comunicados de prensa no tienen el carácter que identifica a las providencias judiciales de la CortConst; la finalidad de los comunicados de prensa es que la opinión pública obtenga información sobre la sentencia, la firma de los magistrados que intervinieron y el conocimiento de los magistrados

inexequibles algunos apartados del AL 02 del 2015, “Por el cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”,¹⁵⁷ el cual establece que el juez constitucional Alejandro Linares Cantillo salvó el voto,¹⁵⁸ argumentando que: (i) el demandante no explicó ni caracterizó de manera suficiente el eje definitorio de la Carta que presuntamente fue reemplazado por el AL 02 del 2015; (ii) hizo referencias accidentales al momento de identificar la independencia y la autonomía de la Rama judicial y que, por ende, no explica el carácter de irreconocible de la Carta de 1991 después de la aprobación de la reforma constitucional, por eso, en consecuencia, aduce que la CortConst no debía pronunciarse de fondo sobre el contenido del AL, y que en el eventual caso de que cumpliera los requisitos exigidos por la CortConst para producir decisión de fondo en la sentencia, es claro que el AL no sustituía ninguno de los acuerdos constituyentes básicos reconocidos en la ConstPol de 1991.

En efecto, dicho déficit argumentativo de la teoría de la sustitución y del test de sustitución crean, no solo incongruencias acerca de los ejes axiales de la ConstPol que se intentan proteger internamente en la CortConst, sino también problemas para los ciudadanos en definir qué es un eje axial de la ConstPol y cuál es su debida interpretación, pues, en gran número de veces, el CongRep en su función de revisión afecta los principios de la ConstPol, pero no siempre los sustituye, pues simplemente hace un ejercicio de petición de principio.¹⁵⁹

que aclararon o aclararán y salvaron total o parcialmente el voto. CortConstA 315/2009. En otra ocasión, la CortConst precisó que los comunicados de prensa consignan tanto los argumentos que configuran la razón de la decisión como el texto íntegro y definitivo de la parte resolutive del fallo correspondiente y permiten equilibrar la necesidad de contar con el texto íntegro de la decisión con la obligación de comunicar de inmediato el sentido de la decisión y sus razones, habida cuenta de su vínculo inescindible con los principios de legalidad y seguridad jurídica. CortConstA 155/2013.

¹⁵⁷ CortConstSC 285/2016. Dado a conocer a la comunidad mediante el Comunicado de Prensa N° 23 del 2016.

¹⁵⁸ Con respecto a la naturaleza jurídica de los salvamentos de voto, véase CortConstSC 955/2000.; ST 345/2014.

¹⁵⁹ Bernal, C. Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia. En: Henao Pérez, J. *Diálogos Constitucionales de Colombia con el mundo, VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. pp. 419 ss.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Bogotá: Fac. Ciencias Jur. de la Pontificia Un. Javeriana, 2005.

—. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Aguado Zamora, M. J. El modelo institucional europeo de justicia constitucional. En: Pérez Tremps, P. (coord.). *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2007.

Aguilar Andrade, J. La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción. In: Andrade, S., Grijalva, A. y Storini, C. (Eds.). *La nueva Constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2009.

Ahumada Ruiz, M. *La Jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

Alaez, B. Supremacía y rigidez constitucionales: A propósito del libro *La rigidez de las constituciones escritas*, de Alessandro Pace y Joaquín Várela, y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996 en la Universidad de Oviedo. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, No. 47, Mayo-Agosto, 1996.

Alarcón, O. Objeciones presidenciales a las reformas constitucionales. En: Bula Escobar, Namén Vargas y Zambrano Cetina (Editores

Académicos). *Derecho Procesal Administrativo, modernización del Estado y Territorio*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2015.

Alduante, E. Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. En: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, No. 1, 2010.

Aleinikov, T.A. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, trad. cast., Lima: Palestra, 2010.

Álvarez Álvarez, L. La defensa de la Constitución durante el periodo de entreguerras. En: *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 7, 2006. <http://hc.rediris.es/07/index.html>

Amaya, J. A. “Marbury vs. Madison” o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución. En: *Revista de estudios jurídicos*, núm. 10, 2010.

Antillano, A. De la democracia de la calle a los consejos comunales: La democracia desde abajo en Venezuela. En: Pardo, D., *et al.* (Compiladores) *¿Otros mundos posibles? Crisis, gobiernos progresistas, alternativas de sociedad*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia.

Aragón Reyes, M. La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional. En: *Revista de Derecho del Estado*, núm. 21, 2008.

Ardila, C. *Introducción al Derecho parlamentario colombiano*. 2 ed. Bogotá: Ibáñez, 2012.

Arnaud, M. La independencia de la justicia constitucional en América Latina. En: *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Arnaud, M. (Director). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Ávila Linzán, L. La constitucionalización de la administración de justicia. In: Ávila Santamaría, Ramiro. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ávila Santamaría, R. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala/Universidad Andina Simón Bolívar/Fundación Rosa Luxemburg, 2011.

Badiou, A. Beyond Formalization. En: 8 *Angelaki*, 2, 2003.

Bagni, S. Del Welfare State al Caring State. In: AA.Vv., *Annuario italo-iberoamericano di diritto costituzionale*. Napoli: ESI, 2014.

———. *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei “modelli” dottrinali*. 2ª ed. Bologna: Clueb, 2007.

———. Scienza comparatistica e classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale: riflessioni introduttive. In: Bagni, S. (a cura di) *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*. Bologna: BUP, 2013.

Baldin, S. *Le “altre funzioni” delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell’Europa centro-orientale*. Trieste: Eut, 2000.

———. Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà. En: *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2011.

Barberis, M. *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*. Modena: Mucchi, 2012.

Bartole, S. *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*. Bologna: Il Mulino, 2004.

Baxi, U. Towards a climate change justice theory? En: *J. of Human Rights and the Environment*, Vol. 7 No. 1, March 2016.

Bazán, V. *Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional. In: *Rev. Iberoamericana de der. proc. const.*, n. 21, 2014, in corso di stampa.

—. El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 10, 2006.

—. (Ed.) *Inconstitucionalidad por omisión*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997.

Benhamin, A.H.V. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. En: *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 1, vol. 1, 2/2001. Recuperado desde: http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Cadernos/caderno_2.pdf

Bernal, Pulido C. Derechos fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América Latina. En: Arnaud, M. (Director). *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

—. Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia. En: Henao Pérez, J. *Diálogos Constitucionales de Colombia con el mundo, VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

—. Problemas de la posición de América Latina en el contexto de la globalización. En: Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (Eds.). *El canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

—. Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine. In: *International Journal of Constitutional Law*, 11, 2013.

Bickel, A. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis-New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962.

Blanco de Moraes, C. *Justiça Constitucional*, I, *Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra ed., 2002.

—. *Justiça Constitucional*, II, *O direito do Contencioso Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra ed., 2011.

Bognetti, G. *Federalismo*. Torino: Utet, 2009.

Brennan, T. Classification: An Overview of Selected Methodological Issues. En: *Crime and Justice. A Review of Research*, n. 9, 1987.

Brewer Carías, A. *Instituciones políticas y constitucionales*, VI, *Justicia constitucional*. Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, 1996.

Bruno, A.S. *Constitutional fidelity. Saggio comparativo su una "figurazione" statunitense*. Torino: Giappichelli, 2011.

Bryce, J. *Studies in History and Jurisprudence*, Vol. I, Oxford at the Calderon Press, 1901.

Bulygin, E. *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino: Giappichelli, 1995.

Buratti, A. *Veti presidenziali, Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*. Roma: Carocci, 2012.

Butturini, D.; Nicolini M. (Eds.). *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*. Napoli: Esi, 2014.

Calamandrei, P. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950.

Calamo Specchia, V. M.; Montanari, L. *Introduzione*. En ID., *L'accesso in via indiretta alle Corti costituzionali: un modello per l'Europa?*, sección monográfica de Dir. pubbl. comp. eur., n. 1, 2014.

Cappelletti, M. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.

—. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968.

—. *Le pouvoir des juges*. Paris: PUF, 1990.

—. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford U.P., 1989 y 1991.

Capra, F.; Luisi, P.L. *Vita e natura. Una visione complessa*. Aboca Edizioni, 2014.

Carbonell, M. El neoconstitucionalismo: significados y niveles de análisis. En: Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (Eds.). *El canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

—. Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006.

Carmona Tinoco, J. U. La división de poderes y la función jurisdiccional. En: *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, núm. 9, 2007.

Carrió, G.R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.

Cassese, S. Global standards for national democracies? En: *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2011.

Celotto, A. La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, 2004.

Cepeda Espinosa, M. *Derecho, política y control constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1986.

Cicconetti, S.M. *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato (Stati Uniti, Germania federale, Italia.)* Padova: Cedam, 1979.

Clavero, B. *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2014.

Constantinesco, L.-J. Einführung in die Rechtsvergleichung, I, *Rechtsvergleichung*. Khöln: Carl Heymanns, 1971, trad. esp. Introducción al Derecho comparado. En: *Tratado de Derecho comparado*, I. Madrid: Tecnos, 1981, trad. it. *Introduzione al diritto comparato* (a cura di Procida Mirabelli di Lauro, A.; Favale, R.). Torino: Giappichelli, 1996.

—. *Introduzione al diritto comparato*. Torino: Giappichelli, 1996.

Constantinesco, V.; Pierré Caps, S. *Droit constitutionnel*. 4ª ed. Paris: PUF, 2009.

Cordón Moreno, F., *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*. Pamplona, 1979.

Cruz, L. La constitución como orden de valores: reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. En: *Revista Dikaion*, Año 23, No. 18, Chía, 2009.

Dahl, R. *La democrazia e i suoi critici*. Roma: Editori Riuniti, 1997. título original: *Democracy and its critics*. Yale: Yale University Press, 1989.

Daly, H. *Toward a Steady State Economy*. San Francisco: Freeman, 1973., y retomado en *Oltre la crescita. L'economia dello sviluppo sostenibile*, trad. it., Torino: Edizioni di Comunità, 2001.

Diamond, J. *Collasso. Come le società scelgono di morire o vivere*, trad. it., Torino: Einaudi, 2005.

Díaz Revorio, F. J., Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007. En: *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009.

Díaz Ricci, S. Rigidez constitucional: un concepto toral. En: Carbonel, M.; Fix-Fierro, H.; González P., L. R.; Valadés, D. *Estado constitucional, Derechos humanos, justicia y vida universitaria: Homenaje a Jorge Caprizio –Estado constitucional–*, Tomo IV, Vol. 1, Mexico, UNAM, 2015.

Duhamel, O.; Tusseau, G. *Droit constitutionnel et Institutions politiques*. 3ª ed. Paris: Seuil, 2013.

Ely, J. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 1980.

Faraguna, P. *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*. Milano: Angeli, 2015.

Favoreu, L. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

Fernández Rodríguez, J.J. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. Derecho español*. Madrid: Civitas, 1998.

—. *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.

Fernández Segado, F. La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional. En: *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 12, 2013.

—. *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 2013.

—. *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano – La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Bologna: Bonomo, 2003.

—. *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI. La quiebra de la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*. Madrid: Tecnos, 2001.

Ferrajoli, L. Derechos sociales y esfera pública mundial. En: Espinoza de los Monteros, J. y Ordóñez, J. (Coordinadores). *Los derechos sociales en el Estado constitucional*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.

—. La esfera de lo indecible y la división de poderes. En: *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, 2008.

Ferrari, G.F. Le forme di controllo di costituzionalità “anomale”. En: *Dir. pubbl. comp. eur.* 2000.

Ferrer Mac-Gregor, E. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

—; Herrera García, A. (Eds.). *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. México: Tirant Lo Blanch México, 2013.

Ferreres Comella, V. El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática. En: Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (Eds.). *El canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

—. Una defensa de la rigidez de la Constitución. En: Laporta, F. *Constitución: Problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales. 2003.

Figueroa Mejía, G.A. *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*. México: Porrúa, 2011.

Fiss, O. The Forms of justice. In: *Harvard Law Rev.*, vol. 93, n. 1, 1979.

Fix-Zamudio, H. *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.

Flores Juberías, C.; Torres Pérez, M. Los tribunales constitucionales en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias

de la Europa Central y Oriental. En: *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, 2001.

Flores, I.B. Sobre la (in)constitucionalidad de “reformas constitucionales”: a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca. En: *Cuest. Const.*, n. 17, 2007.

—. Sobre los límites de las reformas constitucionales: a propósito de tres acciones de inconstitucionalidad recientes. En: *Estudios en Homenaje a Fix-Zamudio*.

Frémont, J. Le fonti del diritto costituzionale canadese. En: Frémont, J.; Lajoie, A., et al. *L'ordinamento costituzionale del Canada*. Torino: Giappichelli, 1997.

Friesenhahn, E. Die Staatsgerichtsbarkeit. En: Anschütz, G.; Thoma, R. (Eds.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, 2 voll. Tübingen, 1932.

Fromont, M. *La justice constitutionnelle dans le monde*. Paris: Dalloz, 1996.

García Belaunde, D. *La acción de inconstitucionalidad en el Derecho comparado*. Lima: Lecturas Constitucionales Andinas, I, 1991.

—. Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana). En: *Rev. der. pol.*, n. 66, 2006.

Gaviria Díaz, C. *Sentencias. Herejías Constitucionales*. México, D.F., 2001.

Gentes, I. Derecho al agua de los pueblos indígenas en América Latina. En: *Revista el Otro Derecho*. No. 34. Bogotá: ILSA, 2006.

Gobbo, M. *La funzione consultiva delle Corti costituzionali negli ordinamenti anglosassoni – The Advisory Role of the Courts in Anglo-American Legal System*. Bologna: Clueb, 2004.

Gomes Canotilho, J.; Ferreira Mendes, G.; Sarlet, I.W. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, IDP, 2014.

Gómez Puente, M. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: MacGrawHill, 1997.

Góngora Pimentel, D. El control de la reforma constitucional. En: Vega Gómez, J; Corzo Sosa, E. (Eds.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002.

González Pascual, M. *El tribunal constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*. Madrid: Civitas. Thomson Reuters, 2010.

Gözler, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008.

Groppi, T.; Celotto, A.; Olivetti, M. *La Justicia constitucional en Europa*. FUNDAP, 2004.

Grossi, P. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2007.

Guastini, R. *Elementos de teoría constitucional*. Mexico: Fontamara, 2001.

—. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2007.

—. *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*. Milano: Giuffrè, 2010.

Gusy, C. Las constituciones de entreguerras en Europa central. En: *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 2, 2000.

Häberle, P.; García Belaunde, D. (Eds.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, 2 voll. México: UNAM, 2011.

Habermas, J. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Roma/Bari: Laterza, 2013.

—. *Teoria dell'agire comunicativo*. Bologna: il Mulino, 1986.

Halpern, G.; Lamb, C. (Eds.), *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982.

Hamon, F.; Troper, M. *Droit constitutionnel*. 29ª ed. Paris: LGDJ, 2005.

Hardt, M.; Negri, A. *Comune*, trad. it., Milano: Rizzoli, 2010.

Haro, R. El proceso de acrecentamiento de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en la revisión judicial de las “cuestiones políticas”. Cuatro materias paradigmáticas. En: AA.Vv., *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, 3 voll. Madrid: Universitas, 2012.

Hennig Leal, M.C. La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *Amicus Curiae* en el derecho brasileño. En *8 Estudios Constitucionales*, 1, 2010.

Huerta Ochoa, C. La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. En: *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003.

Jiménez, W.G. Políticas públicas, normas jurídicas y papel de los jueces. En: *Revista Republicana* No. 14, Corporación Universitaria Republicana, 2013.

Julios-Campuzano, A. El paradigma jurídico de la globalización. En: Belloso Martín, N y Julios-Campuzano, A. (Coordinadores). *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Oñati: Dykinson, 2008.

Kelemen, K. L'accesso individuale indiretto alla Corte costituzionale ungherese. En: *Dir. pubbl. cost. eur.*, n. 1, 2014.

Kelsen, H. Chi dev'essere il custode della costituzione. In: *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.

———. *Dottrina generale dello Stato*, 1925, trad. it. Milano: Giuffrè, 2013.

———. *Il problema della sovranità*, 1920, trad. it. Milano: Giuffrè, 1989.

———. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Tamayo y Salmorán, R., (trad). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

———. *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi, 1966.

Klein, C. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: PUF, 1996.

Lajoie, A. *Jugements de valeurs*. Paris: PUF, 1997.

Lleras de la Fuente, C. *Interpretación y Génesis de la Constitución Colombiana*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1992.

Lozano, G. *Control político en el ordenamiento constitucional colombiano: ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Luther, J. *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*. Torino: Giappichelli, 1990.

Luzzati, C. *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*. Bologna: il Mulino, 2009.

Magnotta, M. R. Los sistemas constitucionales de Chipre, Grecia y Malta. En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, enero-junio, 2011.

Marradi, A. Classificazioni, tipologie, tassonomie. En: *Enc. sc. soc.*, II. Roma: Istituto Enc. italiana, 1992.

Marthe Fatin-Rouge, S. *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*. Paris: Economica, 2004.

Martínez Torres, M. Del conflicto de modelos para el mundo rural emerge la vía campesina como movimiento social transnacional. En: *Revista el Otro Derecho*, No. 44. Bogotá: ILSA, 2011.

Mattei, U. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: Un. of Michigan Press, 1997

———. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, in *Am. journ. comp. law*, n. 45, 1997.

———. Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici. En: AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, I. Milano: Giuffrè, 1994.

———. Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law. En: *Am. journ. comp. law*, n. 42, 1994.

McWhinney, E. *Supreme courts and judicial law-making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986.

Medici, A. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. En: *Revista El Otro Derecho*. No. 48. Bogotá: ILSA, 2013.

Medina, D. *Amicus curiae. Amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

Mezzetti, L. Sistemas y modelos de Justicia constitucional a los albores del siglo XXI. En: *Estudios constitucionales. Centro de Estudios constitucionales de Chile*. Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009.

Monateri, P.G. Critique et différence: le droit comparé en Italie. En: *Rev. int. dr. comp.*, n. 4, 1999.

Montesquieu, C. L. *El espíritu de las leyes*. Ediciones Istmo, 2002.

Mooney, H.A y otros. *Ecosystems and Human Well-Being*, 2005. Recuperado desde: <http://www.millenniumassessment.org/documents/document.356.aspx.pdf>

Mortati, C. *Dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana*. Milano: Giuffré, 1986 (extracto da *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962).

—. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffré, 1940.

Murillo Martínez, P. Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales: para reparar las injusticias históricas y la discriminación. En: *Revista el Otro Derecho*, No. 41. Bogotá: ILSA, 2010.

NASA, *Human and Nature Dynamics (HANDY): Modeling Inequality and Use of Resources in the Collapse or Sustainability of Societies*. Recuperado desde: www.sesync.org/.../motescharrei-rivas-kalnay.pdf y también: <http://advances.sciencesmag.org>

Navas Alvear, M. Buen Vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. En Marcilio Pompeu, G.; Carducci, M.; Revenga Sánchez, M. (orgs.). *Direito constitucional nas Relações Econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Needham, R. Polythetic Classification: Convergence and Consequences. En: *Man*, n. 3, 1975.

Nogueira Alcalá H. *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus, 2014.

—. *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2013.

—. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. México: Porrúa, 2004.

—. (Ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2012.

Noguera Fernández, A. América del Sur: ¿democratizando la justicia constitucional? In: Noguera Fernández, A. (coord.) *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Odum, E.P. *Ecology and our Endangered Life-Support Systems*. Stamford (CT): Sinauer, 1989.

Olarieta Alberdi, J. M. La separación de poderes en el constitucionalismo burgués. En: *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y jurídicas*, núm. 4, 2011.

Orozco Solano, V. *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*. México: Ead-Ubijus, 2012.

Ortells Ramos, M.; Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J., et al. 2ª ed. *Introducción al Derecho Procesal*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

Ost, F. *Inventar a natureza: a irresistível ascensão da patente. en A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2014.

Oyarte M, R. Límite y limitaciones al poder constituyente. En: *Revista chilena de Derecho*, No. especial, 1998.

Palacio, J. La reforma constitucional en Colombia. En: Henao, J. *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*. Bogotá: Universidad Externado, 2013.

Palacios Romeo, F. El mito de la separación del poder judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica (En torno a una aporía del constitucionalismo clásico: *Quis custodiet ipsos custodes?*). In: *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, n. 9, 2011.

Palermo, F. Spunti per una futura ricerca su giustizia costituzionale ed equilibri istituzionali. In: Toniatti, R. y Magrassi, M. (a cura di) *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*. Padova: Cedam, 2011.

Parodi, G. La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2001-2002. In: *Giurisprudenza costituzionale*, 2003.

Pasquino, P. Tipologia della giustizia costituzionale in Europa. En: *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2002.

Pegoraro, L. A justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo. En: Almeida Filho, A., Bilac Moreira Pinto Filho, F. (orgs), *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

—. Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo. En: AA.VV., *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*. En: *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014., y en *Rev. latino-am. do est. const.*, n. 16, 2014.

—. Elementos determinantes y fungibles en la construcción de los modelos de justicia constitucional. In: *Rev. iber. der. proc. const.*, n. 11, 2012.

—. *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*. México: Porrúa, 2006.

—. *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistema*. Torino: Giappichelli, 2014.

—. *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della Vª Repubblica francese*. Padova: Cedam, 1983.

—. *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004.

—. La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee. En: *Dir. soc.*, n. 1, 1994., y en *Scritti per U. Scarpelli*. Milano: Giuffrè, 1997.

—. *Le leggi organiche. Profili comparatistici*. Padova: Cedam, 1990.

—. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli, 1998.

—. *Propuestas de clasificación de los sistemas de justicia constitucional y sus relaciones con la denominación de la materia 'derecho procesal constitucional'*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

—. Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución. En: *Pensamiento const.*, n. 6, 1999.

Pino, J. *Prolegómenos a la Teoría y a la Reforma Constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

Pinon, S. El sistema constitucional de Francia. En: *Revista de Derecho constitucional europeo*, año 7, número 14, julio-diciembre, 2010.

Pizzorusso, A. I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi. En: *Quad. cost.*, n. 3, 1982.

Presno Linera, M. A.; Campione, R. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Prieto S, L. Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). En: *Revista Anales de la cátedra Francisco Suárez*, No. 44, 2010.

Pulido Ortiz, F. E. Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. En: *Revista Prolegómenos- -Derechos y valores*, volumen XIV, núm. 27, julio-diciembre 2011.

Quinche, M. *El Control de Constitucionalidad*. 2 ed. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2014.

—. *El precedente judicial y sus reglas*. Bogotá, D.C., 2014.

Ragone, S. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*. México: Porrúa, 2012.

—. *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*. Bologna: BUP, 2011, trad. esp. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*. México: Porrúa, 2012.

—. Las tres vertientes del impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el continente americano: itinerarios para investigaciones multidisciplinarias. En: Santolaya Machetti, P. (Eds.), *Treinta y cinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Madrid: Cepc, en imprenta.

Ramírez, G. *Límites de la Reforma Constitucional en Colombia: El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Ramos Tavares, A. *Constituição do Brasil integrada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Razzano, G. *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano: Giuffrè, 2002.

Reposo, A. The Federalist, Judicial Review e Stato federale. En: *Il Politico*, 1987.

Reyes, G. *Los mecanismos de participación ciudadana y las consultas populares en Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 2016.

Rivera Santivañez, J. *La crisis del sistema judicial y la elección de autoridades judiciales*. Cochabamba, 2011.

—. La justicia constitucional en el nuevo modelo del Estado boliviano, on line, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/26.pdf>

Roa-Roa, J. intervento al seminario *El acceso directo de los ciudadanos al control judicial de las leyes y el modelo colombiano de control de constitucionalidad*”, svolto presso l’Università di Trento, Facoltà di

Giurisprudenza, il 12 febbraio 2014, on line, <https://www.youtube.com/watch?v=q9mcb4COGsk>, 13-05-2014.

Robinson, W. *Una teoría sobre el capitalismo global. Producción, clases y Estado en un mundo transnacional*. Bogotá: Desde abajo, 2007.

Rodríguez Vega, L. Independencia de los jueces y gobierno del poder judicial. En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 77, 2007.

Romano, S. *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffré, 1969.

Ross, A. *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones lógico-dogmáticas*, 1929, trad. sp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Rouquié, A. *A las sombras de las dictaduras. La democracia en América Latina*. Buenos Aires: F.C.E., 2011.

Roura Gómez, S. A. Control jurisdiccional de constitucionalidad en España: las experiencias del Tribunal Supremo Federal y el Tribunal de Garantías Constitucionales. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998.

Rousseau, D. *La justice constitutionnelle en Europe*. 3ª ed. Paris: Montchrestien, 1998.

Rubio Llorente, F. Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional. En: *Revista de derecho político*, núm. 16, 1982-1983.

—. Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe. En: *Ann. int. just. const.*, n. 12, 1996.

Ruggeri, A., Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*. 5ª ed. Torino: Giappichelli, 2014.

Ruiz, M. A. Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000.

Ruiz Vadillo, E. La Constitución, la independencia de los jueces y magistrados y el acceso a la carrera judicial. En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1984.

—. La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución española. En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 1996.

Rüthers, B.; Fischer, C. *Rechtstheorie*, Alemania, C. H. Beck, 2010.

Sacerdoti Mariani, G. in Sacerdoti Mariani, G.; Reposo, A.; Patrono M. (Eds.), *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*. Firenze: Sansoni.

Sager, L. *Juez y democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Sagüés, N. *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

Sánchez Botero, E. *Entre el juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*. Bogotá: Unicef, 2006.

Sangalli, A. *L'importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*. Torino: Bollati Boringhieri, 2000.

Santos, B.d.S. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad/Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

—. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA, 2009.

Sarlet, I.V.; Fensterseifer, T. *Direito constitucional ambiental. Estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. En: *Revista dos Tribunais*, 2011.

Schlaich, K.. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. En: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Schmitt, C. *Der Hüter der Verfassung* (1931), rist. Berlin: Dunker & Umblot, 1969, trad. it. *Il custode della costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981.

———. *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it. Milano: Giuffrè, 1984.

———. *Il custode della costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981.

———. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

———. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1984.

Serra Domínguez, M. *Jurisdicción*. Barcelona: Estudios de Derecho Procesal, 1962.

Sierra, H. *La Reforma de la Constitución*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

Silva Ribeiro, M.L. Doctrina das questões políticas e jurisdição constitucional: análise da actuação do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria discursiva do direito e da democracia. En: *Rev. inform. legisl.*, n. 173, 2007.

Sloterdijk, P. *Devi cambiare la tua vita. Sull'antropotecnica*, trad. it., Milano: Raffaello Cortina Editore, 2010.

Sousa Freitas, V. y Goncalves Neto, J.D.C. Fundamentos para la comprensión de la propiedad inmobiliaria agraria desde el nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano. En: *Revista el Otro Derecho*. No. 44. Bogotá: ILSA, 2011.

Steinberger, H. Algunos rasgos fundamentales de la justicia constitucional en la República Federal de Alemania. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 51, mayo-junio 1986.

Stone Sweet, A. y Matthews, J. *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Torres Estrada, P.R.; Núñez Torres, M.G. (Eds.), *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*. México: Porrúa, 2010.

Troper, M. Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale. In: Comanducci, P.; Guastini R. (Eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II. Torino: Giappichelli, 1989.

Trujillo, J.C. *Constitucionalismo contemporáneo*. Quito: UASB, 2013.

Tushnet, M. The rise of weak-form of judicial review. En: Ginsburg, T.; Dixon, R. (Eds.), *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: E. Elgar, 2011.

—. *Weak Court, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton U.P., 2008.

—. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. En: *Harvard Civil Liberties-Civil Rights L.R.*, 2006.

Tusseau, G. Au-delà des ‘modèles’ de justice constitutionnelle, pour un comparatisme pragmatiste. En: *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 12, 2013, trad. it. Oltre i “modelli” di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista. En: Bagni, S. (Ed.). *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*. Bologna: BUP, 2013.

—. *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica* – *Contre les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*. Bolonia: BUP, 2009, trad esp. *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*. México: Porrúa-Imdpc, 2011.

Upegui Mejía, J. *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Uribe Álvarez, R. El laicismo y el relativismo ético: dos actitudes democráticas de Carlos Gaviria. En: *Carlos Gaviria Díaz In Memoriam*, Alma Mater No 642, Universidad de Antioquia, 2015.

Valdés, C., Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, 2005.

Vecchio, F. Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia. En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010.

Vélez, J. M. El control concreto de constitucionalidad. En: *Revista Jurídica de Derecho Público*, tomo 5, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: Viciano Pastor, R. (Ed.) *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: 2012.

Villaverde Menéndez, I. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: MacGrawHill, 1997.

Von Brünneck, A. Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales – The Check of Constitutionality and the Lawmaker in Democracies. En: *Ann. Int. Just. Const.*, n. 4, 1988.

Weber, A. Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences. En: *Ann. int. just. const.*, 2003.

Winter, S. *A Cleaning in the Forest: Law, Life, and Mind*. Chicago: Chicago U.P., 2001.

Younes, D. *Derecho Constitucional Colombiano*. 14 ed. Bogotá: Legis, 2016.

Zagrebelsky, G. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Torino, 2005.

Zúñiga Urbina, F. Control de constitucionalidad de la reforma constitucional. En: *Est. const.*, 2006.

TRIBUNALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL
HOMENAJE A LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA
TOMO I



Se terminó de imprimir en septiembre de 2017
en los talleres de Ediciones Nueva Jurídica

Para su elaboración se utilizó papel bond de 70 gramos en páginas
interiores y papel propalcote de 150 gramos para la carátula.

Las fuentes tipográficas empleadas son Adobe Garamond Pro 13 puntos
en texto corrido y 19 puntos en títulos.

